Kann der Vertreter eines anderen nach gemeinem Recht und nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches mit sich selbst kontrahieren?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Walther Dreist

aus Dortmund

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Kamen i. Westf.

Approbiert am 6. Dezember 1904.

Borna - Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1904.

71

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0093

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Einleitung		1
§ 1.	Der Begriff der Stellvertretung	2
§ 2.	Begriff und Wesen des sog. Selbstkontrahierens	9
§ 3.	Das Selbstkontrahieren des direkten Vertreters	11
§ 4.	Das Selbstkontrahieren des indirekten Vertreters	17
§ 5.	Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nach positivem römischen Recht	18
§ 6.	Das „sibi solvere" des römischen Rechts	23
§ 7.	Das „sibi scribere" des römischen Rechts	30
§ 8.	Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens beim römischen Auktionskauf	35
§ 9.	Die Bestimmungen der Novelle 72	40
§ 10.	Das Selbstkontrahieren nach gemeinem Recht	42
§ 11.	Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nach B.G.B.	46
§ 12.	Das Selbstkontrahieren zur Erfüllung von Verbindlichkeiten	51
§ 13.	Das Selbstkontrahieren auf Grund einer besonderen Vollmacht	55
§ 14.	Die Wirkungen des Zuwiderhandelns gegen die Vorschriften des § 181 B.G.B.	60
Schluß		65

Literaturverzeichnis.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch (Handausgabe).

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht.

Behrend, Handelsrecht.

Blume, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (IV. Teil).

Böckelmann, Über die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich zu der Frage des Selbstkontrahierens des Stellvertreters im Vergleich zum römischen und gemeinen Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1898.

Boehm, Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters nach gemein. Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Inaug.-Diss. Greifswald 1903.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3 und 4.

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht.

Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat. Heft 15 u. 16. 1902.

Cohen, Das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters. Inaugur.-Dissertat. Rostock 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. 1 und 2.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1.

Dernburg, Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1.

Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 1.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs. Lief. 2.

Eisele, „Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen", in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Bd. 11.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. 1.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 5, 6, 7, 45 u. 56.
Förtsch, Der Code civile und das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl.
Fuchs, Das deutsche Vormundschaftsrecht.
Gareis, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch (allg. Teil).
Gruchot, Beiträge. 4. Jahrg.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (37).
Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften.
Hesse, Das deutsche Vormundschaftsrecht.
Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Hupka, Vollmacht.
Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und gemeinen Privatrechts. Bd. 27 und 36.
Juristische Wochenschrift. 31. Jahrg.
Laband in Goldschmidts Zeitschrift X.
Landsberg, Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuches (erste Hälfte).
Lehmann, Die rechtliche Stellung des als Selbstkontrahent eintretenden
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuches.
Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs.
Kommissionärs. Inaug.-Diss. Leipzig 1902.
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerl. Gesetzbuches.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. 1.
Meißner, Das Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich (allgem. Teil).
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung. 1885.
Mommsen, corpus iuris civilis. 1899.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches I u. IV.
Mugdan, Das deutsche Vormundschaftsrecht.
Mugdan, Die gesamten Materialien des Bürgerl. Gesetzbuches.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. 1901.
2. Jahrg. Nr. 18, 26, 30/31.
Muskat, „Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst", in der Zeitschr.
für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt. Bd. 33.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. 1. Jahrg.
Oertmann, Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 15.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. 1 u. 4.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung. Bd. 1.

Regelsberger, Pandekten.

Rehbein, Das Bürgerl. Gesetzbuch.

Römer, Das Rechtsgeschäft des Vertreters mit sich selbst (in Goldschmidts Zeitschr.). Bd. 19.

Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. 1868.

Ruhstrat, „Über einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio", in den Jahrbüchern für Dogmatik von Jhering. Bd. 27.

Samson, Das Selbstkontrahiren des Vertreters. Inaug-Diss. Erlangen 1901.

Savigny, Das Obligationenrecht.

Scherer, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches.

Scheurl, Stellvertretung bei Begründung von Obligationen, in der Kritischen Überschau. Bd. 1.

Schloßmann, Die Lehre der Stellvertretung. 1. u. 2. Teil.

Schmidt, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gem. und dem Recht des Bürgerl. Gesetzbuches. Inaug.-Diss. Greifswald 1904.

Siebert, „Kann der Stellvertreter nach gem. Recht mit sich selbst kontrahieren?" Inaug.-Diss. Erlangen 1906.

Sohm, Institutionen.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. (I. u. IV.)

Thöl, Handelsrecht. Bd. 1.

Viefhaus, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gem. Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1895.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten.

Windscheid-Kipp, Pandekten. Bd. 2 u. 3.

Einleitung.

Über die Frage: „Kann der Vertreter eines anderen mit sich selbst kontrahieren", d. h. über die Möglichkeit und Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Stellvertreters, ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft ein heftiger Streit entstanden, der bis in die neueste Zeit fortgedauert hat und namentlich bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches wieder auflebte. Dieser Streit ist durch das Erscheinen eines Aufsatzes von Römer hervorgerufen, in welchem dieser sich eingehend mit der Frage beschäftigt, „ob es möglich und nach gemeinem Recht zulässig ist, daß der Stellvertreter jemandes in seiner Eigenschaft als Stellvertreter mit sich als Privatperson, oder daß der gemeinschaftliche Stellvertreter mehrerer Personen als Vertreter der einen mit sich als Vertreter der anderen einen Vertrag schließe". „Vor ihm hat sich die Doktrin im allgemeinen darauf beschränkt, prinzipiell zwar Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens anzunehmen, in einzelnen in den Quellen hervorgehobenen Fällen jedoch Ausnahmen von dieser Regel zuzulassen."[1] Römer spricht sich für prinzipielle Zulässigkeit des Selbstkontrahierens seitens des direkten Stellvertreters aus. Ihm haben sich Behrend,[2]

[1] Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters (1888) S. 1.

[2] Handelsrecht (1886) § 49.

Dernburg,[1]) Mitteis,[2]) Kohler[3]) und v. Hahn[4]) angeschlossen. Im Gegensatz zu diesen stellen Bechmann, Lepa und Muskat die Möglichkeit eines Vertragsschlusses des Vertreters mit sich selbst als logisch undenkbar in Abrede.

Eine besondere Stellung zu dieser Frage nehmen Rümelin und neuerdings auch Endemann ein. Sie bestreiten zwar die Möglichkeit eines Vertragsschlusses des Vertreters mit sich selbst, fassen aber das sogenannte Selbstkontrahieren des Vertreters als eine einseitige Willenserklärung auf, an welche sich Vertragswirkungen knüpfen.

Eine Einigung über diese Frage ist auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht erzielt. Auch heute noch stehen sich verschiedene Meinungen schroff gegenüber. Ehe wir uns mit dem Begriff und Wesen des Selbstkontrahierens näher beschäftigen, müssen wir zunächst untersuchen, was wir unter „Stellvertretung“ überhaupt zu verstehen haben.

§ 1.

Der Begriff der Stellvertretung.

Während das heutige Bürgerliche Gesetzbuch unter Stellvertretung nur „das mit unmittelbarer Wirkung ausgestattete, rechtsgeschäftliche Handeln für einen anderen“[5]) kennt, macht die gemeinrechtliche und heutige Wissenschaft einen Unterschied zwischen unmittelbarer oder direkter und mittelbarer oder indirekter Stellvertretung. Die gemeinrecht-

---

[1]) Pr. Vormundschaftsrecht 2. Aufl. § 79.

[2]) Stellvertretung (1885) § 23.

[3]) Gesamte Beiträge aus dem gemeinen und franz. Recht Nr. 1 S. 7 ff.

[4]) v. Hahn (in der Zeitschrift für Handelsrecht) Bd. 29 S. 2 ff.

[5]) Endemann I S. 393.

liche Wissenschaft unterscheidet ferner Stellvertretung im eigentlichen Sinne und Gehilfenschaft. Bei der sogenannten unmittelbaren oder direkten Vertretung schließt der Vertreter das Geschäft in fremdem Interesse und in fremdem Namen ab, er gibt dem Dritten, mit dem er in Geschäftsbeziehung tritt, zu erkennen, daß er nicht für sich, sondern als Vertreter eines anderen kontrahiert. Bei der mittelbaren oder indirekten Stellvertretung dagegen handelt der Vertreter ebenfalls in fremdem Interesse, aber in eigenem Namen. Er tritt dem Dritten als Selbstkontrahent gegenüber. Daß er aber nicht für sich, sondern für einen anderen handelt, kommt bei dem Geschäft nicht zum Ausdruck. In Wahrheit handelt es sich hierbei nicht um Vornahme eines einzigen Rechtsgeschäfts, sondern um einen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, ist zur Übertragung der Wirkung die Vornahme eines zweiten selbständigen Rechtsgeschäfts zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen erforderlich. Dritten gegenüber ist das Handeln des indirekten Vertreters nichts anderes als ein Eigengeschäft des Handelnden.[1])

Ob bei der unmittelbaren Stellvertretung ausschließlich der Vertreter selbst handelt, oder ob der Vertretene einzig und allein Kontrahent ist und sich des Vertreters nur als „Werkzeug“ bedient, oder ob endlich ein Zusammenwirken beider Personen anzunehmen ist, darüber herrscht Streit. Nach der Savignyschen Theorie ist der allein Handelnde der Vertretene, der Vertreter dagegen ist nur das „Werkzeug“ seines Auftraggebers, er ist nur der „Träger einer fremden Willenserklärung“.[2]) „Von einer Einwirkung der Handlung

[1]) Eck, Sammlung S. 65.

[2]) Savigny Bd. 2 S. 19 ff.

einer Person auf eine andere Person kann nicht die Rede sein, sondern nur von einer besonderen Form, in welcher die zum Vertrage notwendige freie Handlung vorgenommen wird.“ [1])

Diese Theorie wird vertreten von Dernburg, Scheurl, Ruhstrat und neuerdings von Hellmann, welcher den Willen des Stellvertreters für unfähig erklärt, für den Vertretenen Rechte und Pflichten zu erzeugen, „weil hierzu nach den Rechtsgrundsätzen nur der eigene Wille imstande sei. Ohne konkrete Willenserklärung des Vertretenen sei die Willenserklärung des Stellvertreters wirkungslos.“ [2]) Diese Savignysche Theorie ist zu verwerfen, und zwar mit Recht. „Sie findet ihre direkte Widerlegung in der möglichen Willensunfähigkeit des Vertretenen“,[3]) denn wie sollte man sich erklären, daß völlig handlungsunfähige Personen, Kinder, Geisteskranke, vertreten werden können, oder daß eine Partei, die mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag schließt, an diesen gebunden ist.

Abzulehnen ist ferner die von Thöl[4]) aufgestellte Theorie vom Doppelvertrag. Nach dieser ist der „präzise Vertragswille, durch welchen allein der Vertrag entstehe, ursprünglich beim ‚Mandatar‘, und erst infolge des fremden präzisen Vertragswillens entsteht in dem Mandanten ein eigener präziser Vertragswille“. [5]) Es schließt also der Vertreter mit dem Dritten einen Vertrag unter Hinweisung auf den Willen

[1]) Hupka über Savigny S. 30.

[2]) Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 98 ff.

[3]) Muskat S. 515.

[4]) Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 229 ff.

[5]) Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 229 ff.

und die Bevollmächtigung des Vertretenen, und ebenso kommt es zwischen letzterem und dem Dritten zu einem Vertrag.

Ein Zusammenwirken des Vertreters und des Vertretenen setzt die Theorie von Mitteis voraus, die von Crome übernommen ist. Nach ihnen ist zum Begriff der Stellvertretung „wie erforderlich, so auf der anderen Seite auch genügend, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt, und daß die Gegenpartei sich mit ihm auf dieser Basis einläßt". [1])

Die herrschende Theorie ist die Repräsentationstheorie, nach welcher der Stellvertreter einzig und allein der Handelnde ist. Diese Theorie ist schon im gemeinen Recht vorherrschend gewesen und hat auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Anerkennung gefunden, welches in § 166 sagt, daß „soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt". Falls jedoch der Vertreter auf Grund einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vollmacht nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, kann letzterer sich in Ansehung solcher Umstände, die er kannte oder kennen mußte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen (B.G.B. § 166 Abs. 2).

Wie ist es nun zu erklären, daß die Wirkung des vom Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäftes für und gegen den Vertretenen eintritt? Windscheid [2]) will mit der Fiktion aushelfen, daß die Willenserklärung des Vertreters

---

[1]) Crome, System S. 450.

[2]) Windscheid Bd. 2 § 313.

rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingiert wird. Nach einer anderen Meinung, so namentlich nach der Hellmanns,[1]) ist das Geschäft so anzusehen, als sei es vom Vertretenen in eigener Person abgeschlossen worden, indem dieser juristisch in die Stelle des Vertreters hineingedacht wird. Derartige Fiktionen sind für die heutige Wissenschaft entbehrlich. Die Wirkung tritt für oder gegen den Vertretenen ein, weil der Vertreter will, daß sie für jenen eintrete. Die Wirkungen treffen ihn entweder kraft Gesetzes oder auf Grund seines rechtsgeschäftlichen Wollens. Bei der gesetzlichen Vertretung tritt die Willensmacht des Vertreters kraft Gesetzes ein, durch seine Handlungen wird der Vertretene daher direkt berechtigt und verpflichtet. Bei der auf Parteiwillen beruhenden Vertretung erwirbt der Vertreter seine Vertretungsmacht durch Vollmacht seitens des Vollmachtgebers. „Diese durch die Rechtsordnung positiv gewährte Erweiterung der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschließen durch die Willensentschließung und Erklärung anderer Personen, bildet die Grundlage der Vertretung." [2])

Es bleibt nunmehr noch zu erörtern, bei welchen Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig ist. Dem klassischen römischen Recht ist die Stellvertretung im allgemeinen unbekannt, und nur ausnahmsweise ist sie zulässig, so beim Besitzerwerb. Jedenfalls ist dies bis in die neueste Zeit herrschende Meinung gewesen. Wohl nur Schloßmann, Hellmann und Savigny haben von jeher einen anderen Standpunkt vertreten. Ersterer verneint jegliche Anerkennung der Stellvertretung, auch die beim Besitzerwerb, Hellmann

[1]) Hellmann S. 145.
[2]) Mitteis S. 29.

dagegen sucht nachzuweisen, daß den Römern die Stellvertretung wie beim Besitzerwerb, so auch in allen anderen Rechtshandlungen wohl bekannt gewesen ist.

Die Begründung, weshalb das römische Recht die Stellvertretung nur zaghaft angenommen hat, ist bei den Schriftstellern sehr verschieden.

Es ist nicht unsere Aufgabe, näher auf die Stellvertretung einzugehen, wir wollen daher nur die eine oder die andere Erklärung wiedergeben. Mühlenbruch geht von der Unzulässigkeit der Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen aus und führt diese zurück auf den Grundsatz: „obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae.“[1]) Infolge des unlösbaren Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner sei Stellvertretung und Zession ausgeschlossen.

Laband[2]) sucht vom ethischen Standpunkt ausgehend den Grund darin, daß der freie römische Bürger es für unwürdig gehalten habe, sich in seinem Willen vertreten zu lassen, „sich zum Diener eines fremden Erwerbswillen zu erniedrigen“.

Die größte Beachtung verdient meines Erachtens die Auffassung von Mitteis. Dieser sieht den Grund in dem förmlichen Charakter der älteren civilen Rechtsgeschäfte. Er weist die Unzulässigkeit der Stellvertretung in den einzelnen alten römischen Rechtsgeschäften nach, so bei der mancipatio, solutio per aes et libram, stipulatio, acceptilatio und dem nexum, und kommt zu dem Ergebnis, daß „nicht, wie man behauptet, im Begriff der Obligation, sondern im Begriff des

[1]) pr. J. 3, 13.

[2]) Laband in Goldschmidts Zeitschriften X S. 186.

Rechtsgeschäfts, in der Begründung der Obligationen und sonstigen Rechtsverhältnisse die Unmöglichkeit der Stellvertretung gelegen ist".[1])

Also, wie gesagt, dem ältesten römischen Civilrecht ist die Stellvertretung unbekannt gewesen, jedoch hat sich das prätorische Recht durch das Bedürfnis des entwickelten Verkehrs zur Zulassung gedrängt gesehen. Man hat zunächst begonnen die Stellvertretung zu umgehen, indem man sich durch indirekte Stellvertretung half. Dies ist zunächst Bedürfnis auf dem Gebiet des Handels geworden. So kommt es auf, daß der Hausherr seinen Sohn oder seinen Sklaven zum magister navis oder zum exercitor navis einsetzt, oder daß er ihm ein Geschäft einrichtet und ihn an die Spitze dieses Erwerbsgeschäftes stellt. Ursprünglich berechtigen und verpflichten sich diese Personen aus den Erwerbsgeschäften, zu denen sie bestellt sind, selbst. Der Prätor gibt aber eine actio exercitoria und eine actio institoria gegen den Herrn, so daß dieser also neben seinen Angestellten haftet. „Dieses Zwitterding", sagt Regelsberger,[2]) „ist ein Notbehelf gewesen, den der Mangel einer Stellvertretung hervorgerufen hat. Mit der Anerkennung der Stellvertretung ist es im heutigen Recht weggefallen." Zugelassen ist die Stellvertretung im klassischen Recht zunächst für den Besitzerwerb und den durch diesen vermittelten Eigentumserwerb. Sie kommt dann auch beim Darlehen auf. Es kann nämlich bestimmt werden, daß die Darlehnsvaluta nicht an den Geber, sondern an einen Dritten zurückzuzahlen sei; zugelassen wird sie ferner für das zur Sicherung eines Darlehens bestellte Pfandrecht und endlich für den Erbschafts-

[1]) Mitteis S. 18.

[2]) Regelsberger, Pand. S. 590.

erwerb. Selbst im justinianischen Recht ist die Stellvertretung nur Stückwerk. „Auch in Deutschland ist die Stellvertretung nicht von jeher eingebürgert gewesen. Vor Gericht und mithin bei allen vor Gericht zu errichtenden Rechtsgeschäften ist sie, wo nicht völlig ausgeschlossen, so nur sehr beschränkt zugelassen, selbst im Privatrecht hat man sich mit Ersatzmitteln geholfen.[1])

Nach heutigem Recht ist sie grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften mit Ausnahme der höchstpersönlichen gestattet, dagegen ist sie bei unerlaubten Handlungen ausgeschlossen. Wer also im Auftrag eines anderen einen Diebstahl begeht, macht sich selbst des Diebstahls schuldig, der Vertretene kann höchstens „nach Maßgabe einer etwa vorhandenen Anstiftung oder Mitschuld zur Verantwortung gezogen werden".[2])

§ 2.

Begriff und Wesen des sog. Selbstkontrahierens.

Man kann nun zwei Gruppen der Stellvertretungsfälle unterscheiden, nämlich erstens diejenigen, in denen eine dritte Person beteiligt ist, und zweitens diejenigen, in denen jemand einen anderen sich selbst gegenüber vertritt. Die letztere Gruppe kann man mit dem Namen des Selbstkontrahierens umfassen. Unter diesem Begriffe versteht man also die Vertretung des Vertretenen durch den Vertreter sich selbst gegenüber, sei es als Eigenperson oder als Vertreter eines anderen. Im ersteren Falle handelt der Vertreter für sich als Eigenperson und zugleich für den Vertretenen sich selbst gegenüber. Im zweiten Falle handelt der Vertreter gleich-

[1]) Regelsberger, Pand. S. 592.

[2]) Mitteis S. 2.

zeitig für zwei Vertretene mit sich selbst, er verbindet also zwei Vertretungshandlungen miteinander.

Zunächst nun ist die generelle Möglichkeit eines Selbstkontrahierens zu untersuchen. Die Unmöglichkeit eines Selbstkontrahierens außerhalb der Stellvertretung ist bisher von keiner Seite bestritten worden. Es ist selbstverständlich ausgeschlossen, daß jemand innerhalb seiner eigenen Rechtssphäre mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschließt. „Niemand kann Eigentum von sich selbst erwerben, denn das Eigentum, das er erwerben sollte, müßte er ja schon haben. Niemand kann ein das Eigentum beschränkendes Recht an einer in seinem Eigentum befindlichen Sache erwerben, denn es ist ein innerer Widerspruch, daß jemand zugleich den Willen habe, eine Sache ihrer ganzen Totalität nach und nur partiell rechtlich zu beherrschen. Niemand kann ferner mit sich selbst einen obligatorischen Vertrag schließen, denn das durch diesen Vertrag zu erzeugende Rechtsverhältnis ist Herrschaft einer Person über den Willen einer anderen Person; Subjekt und Objekt des Rechts, Herrschendes und Beherrschtes können nicht identisch sein, das Objekt der Herrschaft ist notwendig ein außerhalb des Subjekts der Herrschaft Existierendes.“[1]) Die Erwägung, daß der Abschluß eines Vertrages mit sich selbst außerhalb der Stellvertretung ausgeschlossen ist, ergibt sich aus dem allgemeinen Begriff der Rechtsgeschäfte.[2])

---

[1]) Römer S. 67.

[2]) Dies geht auch aus einer Reichsgerichtsentscheidung hervor, die sich dahin ausspricht, es sei „nicht nur nach positiven Rechtsvorschriften unzulässig, sondern an sich undenkbar, daß eine Person im eigenen Namen handelnd mit sich als ebenfalls im eigenen Namen Handelnden einen Vertrag abschließt“ (R.G. Bd. 5 S. 59).

Der Vertrag ist nach der Definition der Digesten ein „duorum pluriumve in idem placitum et consensus".[1]) Also zweierlei ist erforderlich. Einerseits das Mitwirken mindestens zweier Personen, andererseits Vorhandensein mindestens zweier selbständiger Willen, „die sich zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschließen".[2]) Das Vorhandensein zweier selbständiger Willen in einer Person ist psychologisch unmöglich, folglich ist es unmöglich, daß jemand außerhalb der Stellvertretung mit sich einen Vertrag schließt. Eine Ausnahme von dieser Regel macht scheinbar § 1239 B.G.B. Es wird hier gesagt: „Der Pfandgläubiger und der Eigentümer können bei der Versteigerung mitbieten. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen." Ein Kauf der eigenen Sache liegt hier nicht vor, wie aus den Motiven zu ersehen ist, denn bietet der Eigentümer mit, so will er sich „statt des ausgebotenen Kaufobjekts, nämlich des Eigentums am Pfande, nur das darin enthaltene Mindere, nämlich die Freiheit des ihm schon zustehenden Eigentums von den durch den Pfandverkauf erlöschenden Belastungen erkaufen.[3])

§ 3.

Das Selbstkontrahieren des direkten Vertreters.

Wir kommen nunmehr zu der uns eigentlich interessierenden Frage des Selbstkontrahierens bei der Stellvertretung. Wie schon eingangs ausgeführt ist, besteht seit alters in der

---

[1]) l. 1 § 2 D. de pactis 2, 14.

[2]) Planck, Kommentar zu § 145 B.G.B.

[3]) Motive Bd. 3 S. 826.

Wissenschaft Streit, wie dieser Begriff juristisch aufzufassen sei. Die einen sehen in dem Selbstkontrahieren des Vertreters die Erfordernisse eines Vertrages erfüllt, die anderen leugnen jede Möglichkeit eines Vertragsschlusses, erblicken aber in dem Selbstkontrahieren eine einseitige Willenserklärung, an welche das positive Recht Vertragswirkungen knüpft.

Römer ist der Ansicht, daß das Selbstkontrahieren ein Vertrag ist, daß also ein duorum pluriumve in idem placitum et consensus vorhanden sei. Von der direkten Stellvertretung, bei der der Wille des Vertreters als der des Vertretenen gelte, ausgehend, spricht er sich für die Möglichkeit aus, „daß eine physische Person zwei Subjekte bezw. Vermögenskomplexe repräsentiert, denn der Vertreter sei als rechtsfähige Person einerseits selbst fähig, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, andererseits sei er befugt, die Rechte einer anderen Person, des von ihm Vertretenen, auszuüben.[1])

Auf demselben Standpunkte steht das Reichsgericht.[2]) Dem ersten Civilsenat lag folgender Rechtsfall zur Entscheidung vor, welche am 23. November 1881 erging: Die Vorstände zweier eingetragener Genossenschaften, die aus denselben Personen zusammengesetzt waren, leisteten für beide Genossenschaften die Zahlungen an dritte Gläubiger der beiden Genossenschaften nach Gutdünken bald aus der einen, bald aus der anderen Kasse, sie rechneten zu bestimmten Zeitpunkten ab und trugen das Ergebnis der Abrechnung ohne Angabe der Posten in die beiderseitigen

[1]) Römer S. 68.

[2]) Entscheidung in Civilsachen Bd. 6 S. 11.

Handelsbücher ein. Die eine der beiden Genossenschaften geriet in Konkurs, nunmehr meldete die andere eine Forderung gegen dieselbe auf Grund dieser Abrechnungen an und klagte, als diese bestritten wurde, auf Feststellung. Diese Klage wurde in der ersten und zweiten Instanz abgewiesen, vom Reichsgericht dagegen für begründet erklärt. In den Entscheidungsgründen wird gesagt, „daß die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung, duorum in idem placitum et consensus vorhanden sei, wenn beim Vertragsschlusse der Wille des Stellvertreters den Willen des Vertretenen zu ersetzen vermöge. Der Abschluß eines Vertrages durch einen gemeinsamen Vertreter sei nicht ausgeschlossen, selbst wenn die beiden Personen, zwischen denen das Obligationsverhältnis zustande kommen soll, beim Abschluß des Vertrages ein entgegengesetztes Interesse haben."

Die Meinung Römers und des Reichsgerichts wird hauptsächlich von Bechmann, Lepa und Muskat und neuerdings von vielen anderen verworfen. Bechmann geht von der Ansicht aus, „daß die Einigung zweier selbständiger Willen, wie sie beim Vertrage erforderlich sei, beim Selbstkontrahieren nicht vorliege. Der Vorgang beim Vertragsschluß sei von dem beim Selbstkontrahieren von Grund aus verschieden. Im letzteren Falle könne psychologisch immer nur ein Willensentschluß erfolgen, wenn derselbe auch auf Grund einer Ausgleichung widerstrebender Erwägung gefaßt werde. Seine Seele in zwei Hälften teilen und diese Hälften miteinander verhandeln und kontrahieren lassen, könne der Stellvertreter so wenig wie ein anderer Mensch.[1])

---

[1]) Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 281 ff.

Ebenso wird die Möglichkeit eines Vertrages von Muskat bestritten. Nach seiner Auffassung sind zum Vertragsschlusse zwei Personen erforderlich. „Das Erfordernis einer physischen Personenmehrheit sei kein zufälliges, sondern werde durch das Erfordernis des consensus mit bedingt. Wäre es nämlich auch psychologisch möglich, daß eine Person sozusagen von zwei verschiedenen seelischen Standpunkten aus zwei Willen faßt und in einem bestimmten Punkte miteinander vereinigt, so erweise sich diese Vorstellung doch als juristisch unbrauchbar, weil der Vorgang eben ein rein psychologischer bleibe und niemals sich äußerlich dokumentieren könnte.“ [1])

Um zu diesem Streite Stellung nehmen zu können, müssen wir zunächst einmal den Begriff des Vertrages untersuchen und dann prüfen, ob die Erfordernisse des Vertrages beim Selbstkontrahieren wirklich erfüllt sind.

Nach römischem und gemeinem Recht ist der Vertrag, wie wir bereits hervorgehoben haben, ein duorum pluriumve in idem placitum et consensus. Es ist also der Vertrag, wie Bechmann in Hinsicht auf diese Definition Ulpians sagt, die Einigung zweier selbständiger Willen, die von entgegengesetzten Ausgangspunkten sich einander nähern und schließlich in einem Punkte zusammentreffen. Der Vertrag setzt also ein Tätigwerden zweier selbständiger Willen voraus. Dieses tritt deutlich beim römischen Verbal- und Realvertrage hervor. Auch im gemeinen Recht herrscht dieser Vertragsbegriff. Das Tätigwerden der beiden selbständigen Willen tritt nur nicht mehr so deutlich hervor, da das gemeine Recht die strengen Vertragsformen des römischen Rechts nicht mehr kennt. Der Vertragsschluß gilt jetzt nicht mehr durch einen

---

[1]) Muskat S. 519.

realen Vorgang als erfüllt, sondern in dem Augenblicke, in welchem eine Willenseinigung mehrerer zustande gekommen ist. Nun könnte man allerdings behaupten, beim Selbstkontrahieren seien die Erfordernisse eines Vertrages erfüllt, indem der Wille des Vertreters zwei Willen enthalte, einmal seinen eigenen und zweitens den des von ihm Vertretenen. Dieses würde eine „Fiktion" sein. Beim Selbstkontrahieren indes kann nur ein Wille in Tätigkeit treten. „Ein einziger einheitlicher Willensentschluß liegt auch da vor, wo der Entschluß auf Grund einer Abwägung einander widerstreitender Triebreize oder auf Grund eines Zusammentreffens von Erwägungen gefaßt wird, welche von entgegengesetzten Gesichtspunkten ausgehen. Bei einem Selbstkontrahierungsentschluß läßt sich wohl noch ein Schuldner- und Gläubigerwillen oder beispielsweise ein Kauf- und ein Verkaufswillen unterscheiden in der Weise, wie wir verschiedene Seiten eines und desselben Gegenstands zur Betrachtung ziehen können, aber wir müssen uns dabei immer vergegenwärtigen, daß diese beiden Seiten unzertrennbar verbunden sind." [1]) Also ein Zusammentreffen zweier korrespondierender Willensentschlüsse in einer Person ist ausgeschlossen.

Selbst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich der Streit darüber, ob das Selbstkontrahieren ein Vertrag bezw. eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, oder eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, nicht gelegt. Es ist vorauszuschicken, daß der Begriff des Vertrages nach Bürgerlichem Gesetzbuch derselbe ist wie im gemeinen Recht. Zwar gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition, doch geht aus den all-

[1]) Rümelin S. 16.

gemeinen Bestimmungen hervor, daß der Vertrag sich aus zwei sich entsprechenden Willenserklärungen, aus Antrag und Annahme, zusammensetzt.

In der Lehre von der Stellvertretung hat das Bürgerliche Gesetzbuch die sogenannte Repräsentationstheorie anerkannt, nach welcher nicht der Wille des Vertretenen, sondern der des Vertreters rechtlich in Betracht kommt. Es heißt in § 166: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.“ Wenn nun der direkte Vertreter, der ja, wie wir gesehen, durch seinen eigenen Willen das Rechtsgeschäft für den Vertretenen vornimmt, mit sich selbst kontrahiert, so führt er gleichzeitig eine Handlung für sich und für den Vertretenen aus. Bei dieser einen Handlung betätigt sich auch nur ein einziger Wille, der Erfolgswille, „der Wille, durch einen einheitlichen Rechtsakt nicht nur den Vertretenen, sondern auch gleichzeitig sich selbst zum Träger von Recht und Pflicht zu machen, und zwar dem Vertretenen gegenüber. Der Vertretungswille, der darauf gerichtet ist, für den Vertretenen zu handeln, ist in dem Erfolgswillen enthalten.“ [1]) Da nur ein einziger Willensentschluß vorliegt, kann von einem Vertrage nicht die Rede sein, es kann sich vielmehr nur um ein einseitiges Rechtsgeschäft handeln, an das sich Vertragswirkungen knüpfen.

Wir kommen also hinsichtlich des Bürgerlichen Gesetzbuches zu demselben Resultat, wie im gemeinen Recht, daß das Selbstkontrahieren nicht als Vertrag, sondern als eine ein-

[1]) Boehm, Inaug.-Diss. 1903 (Greifswald) S. 24.

seitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung aufzufassen ist. Wenn nun in einzelnen Fällen, in denen man gemeinhin von einem Vertragsschlusse des Vertreters mit sich selbst redet, einseitige Rechtsgeschäfte mit Vertragswirkungen — wie wir im weiteren Verlaufe der Bearbeitung untersuchen werden — tatsächlich anerkannt sind, so besteht kein Zweifel mehr, daß es sich niemals um eine Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens, sondern höchstens um eine Unzulässigkeit desselben nach positivem Recht handeln kann.[1])

§ 4.

Das Selbstkontrahieren des indirekten Vertreters.

Wir haben also festgestellt, daß begrifflich ein Selbstkontrahieren des direkten Vertreters mit sich selbst möglich ist, nunmehr müssen wir der Möglichkeit des Selbstkontrahierens auf dem Gebiete der indirekten Stellvertretung nachforschen. Diejenigen, die das Selbstkontrahieren des Vertreters als einen Vertragsschluß auffassen, müssen aus dem oben angeführten Grunde, daß niemand in eigenem Namen mit sich selbst in eigenem Namen einen Vertrag abschließen kann, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des indirekten Vertreters als logisch unmöglich verwerfen, denn hier handelt der Vertreter vollkommen in eigenem Namen, die Wirkungen seines Rechtsgeschäfts sind die gleichen, als wenn er ohne Vertretungsabsicht handelt, er unterscheidet sich dann durch nichts von einer Person, die für eigene Rechnung in eigenem Namen mit sich zu kontrahieren beabsichtigt.[2]) Nach der An-

---

[1]) Rümelin S. 19.

[2]) Muskat S. 511.

sicht Rümelins, der auch wir uns angeschlossen haben, daß das Selbstkontrahieren ein besonderes einseitiges Rechtsgeschäft ist, an das das positive Recht Vertragswirkungen knüpfen muß, darf man auch annehmen, daß das positive Recht ebensowohl an die einseitige Erklärung des indirekten wie an die des direkten Stellvertreters Vertragswirkungen anknüpfen kann.

§ 5.

Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nach positivem, römischem Recht.

Nachdem wir bei unserer Untersuchung zu dem Ergebnisse gelangt sind, daß ein Vertragsschluß mit sich selbst undenkbar, daß aber das sogen. Selbstkontrahieren auf dem Gebiete der indirekten und der direkten Stellvertretung sehr wohl möglich ist, kommen wir zu dem zweiten Teile unserer Abhandlung, nämlich zu der Frage, wie sich das positive Recht zur Zulässigkeit des Selbstkontrahierens stellt. Die Stellung des positiven Rechts kann nun eine dreifach verschiedene sein. Entweder kann das Recht sich vollkommen ablehnend verhalten, oder es kann dem Selbstkontrahieren volle Wirkung beilegen und diese nur in einzelnen gewissen Fällen ausschließen, und endlich kann das positive Recht das Selbstkontrahieren als ausnahmslos zulässig anerkennen.

Zur Lösung dieser Frage, wie das positive Recht sich zur Zulässigkeit des sogen. Selbstkontrahierens stellt, werden wir zunächst die römischen Quellen, vor allen die justinianeische Kodifikation zu betrachten haben, da ja sie die Grundlage für das gemeine Recht gebildet hat.

Wie wir bereits festgestellt haben, läßt das römische Recht, abgesehen von wenigen Fällen direkter, nur die in-

direkte Stellvertretung zu, von welcher hauptsächlich im Formularprozeß Gebrauch gemacht worden ist. Hier tritt der Stellvertreter als procurator in rem suam auf, d. h. es wird ihm gestattet, die Sache für sich zu behalten. Die intentio lautet dann auf den Namen des Vertretenen, die condemnatio dagegen auf den Namen des procurator in rem suam. Aus diesem Prinzip der indirekten Stellvertretung kann man schließen, daß im römischen Recht prinzipiell auch das Selbstkontrahieren nicht zulässig gewesen ist. Auch als im klassischen römischen Recht das Prinzip der indirekten Stellvertretung durchbrochen und im prätorischen Recht im allgemeinen Stellvertretung zugelassen wurde, waren immer noch Hindernisse, welche der Anerkennung des Selbstkontrahierens entgegenstanden, vorhanden. Ein solcher Hemmungsgrund war einerseits „die Unanwendbarkeit der meisten römischen Vertragsformen für das Selbstkontrahieren, speziell die Unmöglichkeit, an die formlose einseitige Erklärung Vertragswirkungen anzuknüpfen“,[1]) andererseits die Befürchtung einer Interessenkollision und die aus ihr sich ergebenden Gefahren. Trotz dieser verschiedenen Hinderungsgründe ist das Selbstkontrahieren des Stellvertreters in einzelnen Fällen den Römern bekannt geworden, jedenfalls läßt sich dies aus einzelnen Quellenstellen schließen. Daß das Selbstkontrahieren des Stellvertreters allgemein zulässig gewesen sei, findet man in der justinianeischen Gesetzgebung nirgends ausgesprochen. Dies ist weniger auffallend, wenn man in Erwägung zieht, daß nicht einmal über die Prinzipien der ausnahmsweise zugelassenen direkten Stellvertretung bedeutungsvolle Quellenstellen nachgewiesen werden können. Man hat zwar

---

[1]) Rümelin S. 42.

versucht, an verschiedenen allgemein lautenden Stellen die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nachzuweisen, allein bei näherer Nachforschung auch des ganzen Zusammenhangs, aus dem die einzelnen Stellen losgerissen sind, findet man, daß diese vollkommen bedeutungslos für unsere Frage sind. So ist vielfach die l. 9 pr. D. de pactis 2, 14 in Erwägung gezogen worden, man hat aus dem Satz: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat Schlüsse ziehen wollen. Man kann, wie gesagt, diese Stelle nur aus dem Zusammenhang beurteilen. Der Jurist Paulus führt aus: „Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur, ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant, nec non et unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum praetendentium si convenerit, placuit unius loco esse."

Es handelt sich hier um die Stimmenverteilung im Konkurse bei Abstimmung der Gläubiger, und es wird gesagt, daß für jeden einzelnen geltend gemachten Anspruch, für „unum debitum", nur eine Stimme gezählt werden soll, mag dieser eine Anspruch nun von mehreren Vormündern für einen Mündel oder von einem Vormund für mehrere Mündel geltend gemacht werden. Den Satz: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat, übersetzt Rümelin: „es kommt überhaupt nicht leicht vor, daß bei einer solchen Abstimmung ein und dieselbe Person doppelt gezählt wird." [1]) Dieser unus homo ist nun Vertreter zweier Personen einem

[1]) Rümelin S. 82.

Dritten, dem Gemeinschuldner gegenüber. Eine solche Vertretung kommt für den Begriff des Selbstkontrahierens aber nicht in Betracht. Die Stelle vermag also nichts zu beweisen, weder für noch gegen die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens.

Im Gegensatz zu dieser Stelle steht die l. 1 § 4 D. de stipulationibus servorum 45, 3, die auch nur ganz allgemein gehalten ist und für unsere Frage wenig Wert hat, da es sich bei ihr nicht um zwei in einer Person vereinigte Parteirollen, sondern lediglich um eine Fiktion handelt. Es heißt hier:

„Communis servus duorum servorum personam sustinet. ideirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi."

Diese lex bestimmt also, daß, wenn der im Alleineigentum des Titius befindliche Sklave sich von einer dritten Person für einen dem Titius und Maevius gemeinschaftlichen Sklaven etwas versprechen läßt, nur der Alleineigentümer ein Forderungsrecht und zwar bezüglich der ganzen Stipulation habe. „Um diese Modifikation der Stipulationswirkung zu veranschaulichen", ist nach der Anschauung Hupkas vom Juristen Julian fingiert, als wären zwei gesonderte Stipulationsakte, der eine zugunsten des Sklaven des Titius, der andere zugunsten des Sklaven des Maevius vorgenommen. Von den beiden Stipulationen sei aber die zugunsten des Maevius nichtig, da nach dem Grundsatz „alteri stipulari nemo potest" ein Sklave sich nur für den eigenen Herrn etwas versprechen lassen kann.[1])

[1]) Hupka S. 289.

Noch verschiedene andere Quellenstellen sind herangezogen worden, um die prinzipielle Möglichkeit eines Selbstkontrahierens nachzuweisen; es behandeln diese Stellen gewisse vor einem Magistrat vorzunehmende Rechtsgeschäfte, die von einer der beteiligten Parteien selbst in ihrer Eigenschaft als Beamte vollzogen werden. So kann nach der l. 1 § 2 D. de officio consulis 1, 10 „consules apud se servos suos manumittere posse nulla dubitatio est. sed si evenerit, ut minor viginti annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui senatus consulto consilii causam examinat“ und nach der l. 2 D. de officio praesidis 1, 18 „praeses apud se adoptare potest, quemadmodum et emancipare filium et manumittere servum potest“ ein Konsul oder Provinzstatthalter vor seinem eigenen Forum adoptieren, emanzipieren und manumittieren. Ferner kann nach der l. 1 D. de manumissis vindicta 40, 2: „apud praetorem eundemque tutorem posse pupillum ipso auctore manumittere constat“ der Prätor, der zugleich Vormund ist, bei der Freilassung seines Mündels gleichzeitig als Urkundsperson tätig sein und durch auctoritatis interpositio als Tutor seinen Freilassungswillen erklären. Aus allen diesen Stellen ist ersichtlich, daß eine Partei, sei sie Haupt- oder Nebenpartei, neben ihrer Parteirolle die Rolle einer Urkundsperson übernehmen kann, jedoch liegt kein Grund zur Annahme vor, daß dieselbe Person auch beide Parteirollen in sich hätte vereinigen können.[1])

Der Versuch, aus den zitierten Quellenstellen die generelle Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nachzuweisen, kann somit wohl als mißlungen gelten. Trotzdem können wir uns

---

[1]) Hupka S. 291.

nicht auf Seite von Lepa, Bechmann und Muskat stellen, welche behaupten, das römische Recht habe den Begriff des Selbstkontrahierens als etwas Unmögliches gar nicht gekannt, denn es gibt immerhin einzelne Quellenbelege, welche zur Annahme berechtigen, daß das römische Recht in einzelnen Fällen das Selbstkontrahieren des Stellvertreters anerkannt hat.

§ 6.

Das „sibi solvere“ des römischen Rechts.

Der im Verkehr am häufigsten vorkommende Fall des Selbstkontrahierens ist wohl von jeher das Selbstkontrahieren zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, das „sibi solvere“, wie es in den Quellen heißt, gewesen. So finden wir denn auch verschiedene Stellen, welche erklären, daß der Stellvertreter als Schuldner des Vertretenen an sich selbst als Vertreter und auch als Gläubiger des Vertretenen für diesen an sich selbst erfüllen kann. Vor allem ist dies l. 9 § 3, 4 und 5 D. de administratione et periculo tutorum 26, 7.

„Et generaliter quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet, fortassis et plus: adversus alios enim experiri sine actione non potuit, adversus se potuit“ (§ 3).

„Sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit quam sint pupillares, videndum est, an ei aliquid imputetur, et si quidem solvit, nihil est, quod ei imputetur; potuit enim solvere nec onerare se usuris: si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit“ (§ 4).

„Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et

si usurae fuerunt graviores quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor se potuit liberare sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit“ (§ 5).

In der ersten Stelle wird gesagt, daß der Vormund, der seinem Mündel etwas schuldet, an sich selbst zahlen muß und daß er sich selbst gegenüber haftet, wie jeder andere ihm haften würde, nur ist eine Klage gegen ihn ausgeschlossen. Das Gegenteil spricht der § 5 aus. Es kann nämlich der Tutor als Gläubiger des Mündels dessen Schuld erfüllen, indem er das von jenem geschuldete Geld aus dessen Vermögen in das seinige legt. Hat der Vormund ein Darlehen zu sehr hohen Zinsen gegeben, so soll der Mündel von der Zinsenlast frei werden, denn es ist Sache des Gläubigers, sich zu befriedigen, ebenso wie er andere befriedigen kann und muß. Kann der Vormund jedoch ohne Verschulden aus dem Mündelvermögen kein Geld verschaffen, so laufen die Zinsen trotzdem weiter. Umgekehrt muß der Vormund, der von dem verstorbenen Vater des Mündels Geld zu höheren Zinsen, als bei Mündelgeldern gezahlt zu werden pflegen, entliehen hat, für den Mündel diese höheren Zinsen von sich selbst eintreiben; er kann sich jedoch durch rechtzeitige Zahlung der Schuld von der Zinsenlast befreien.

Von einem Selbstzahlen spricht ferner die l. 7 § 5 D. 26, 7: „vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit: hic enim eas usuras praestabit, quas patri promiserat.“

Hiernach soll der Tutor, der dem verstorbenen Vater des Mündels etwas schuldet und seine Schuld nicht sofort bei Fälligkeit derselben an sich selbst als Vertreter des Mündels zahlt, noch nicht aus dem Delikt des in suos usus vertere haften. Nach der l. 5 § 4 D. 26, 7: „debitor patris

qui tutelam administravit filii, tutelae iudicio tenebitur etiam ob id quod patri debuit" ist gegen den Tutor vielmehr die actio tutelae gegeben.

Aus diesen Quellenstellen geht zweifellos hervor, daß der Vertreter sowohl für den Vertretenen als Schuldner an sich, wie an den Vertretenen von sich als Schuldner zahlen kann, es fragt sich jedoch, ob durch diese einseitige Willenserklärung des Vertreters die Wirkungen der traditio eintreten, wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit in einer Eigentumsübertragung besteht. Es ist vielfach, so unter anderen von Eccius, geltend gemacht worden, daß in diesen Fällen des sibi solvere der Eigentumsübergang gar nicht durch das solvere, sondern vielmehr durch commixtio, durch Vermischung von Geldstücken, bewirkt ist. Allerdings handelt es sich in den angeführten Quellenstellen größtenteils um pecunia, jedoch lassen sich Stellen anführen, aus denen ersichtlich ist, daß der Eigentumsübergang tatsächlich durch das solvere erfolgt. Von ausschlaggebender Bedeutung hierfür ist die l. 34 pr. D. de negotiis 3, 5 (Scaevola).

„Divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest. haec ita, si in negotiis gestis maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit. sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. sed hic quidem modus servandus est, ut ita querellae locus sit quantum facere potuit, quamvis postea amiserit, si illo tempore ei solvere potuit: non enim e vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam: praeterire denique aliquid temporis debebit, quo cessasse videatur. quod si in-

terea, priusquam officium impleat, res amissa est, perinde negotiorum gestorum non tenetur, ac si numquam facere possit. sed et si facere possit maritus, actio negotiorum gestorum inducitur, quia forte periculum est, ne facere desinat."

Die Stelle handelt von einer dos. Eine solche besteht offenbar nicht lediglich aus barem Gelde, wenigstens braucht sie dies nicht, und in der Stelle selbst ist auch kein Anhaltspunkt gegeben, der etwa zu der Annahme berechtigt, daß eine solche ausschließlich aus barem Gelde gemeint ist. Zwar wird von einem „pecuniam redigere" gesprochen, jedoch geschieht dies nur, um als Beispiel zur Illustration des Satzes zu dienen, „daß die Haftung des maritus mit der actio negotiorum gestorum auf Rückgabe der dos nicht sofort mit Beginn der Geschäftsführung, bezw. nicht unbedingt eintritt.[1])

Wir sehen also, daß nach römischem Recht der Vertreter durch einseitigen Akt Eigentum solutionis causa auf den Vertretenen übertragen kann und daß diese einseitige Eigentumsübertragung solutionis causa sowohl seitens des Vormunds als auch seitens des negotiorum gestor und des Generalbevollmächtigten möglich ist. Eine solche Eigentumsübertragung durch einseitigen Akt stellt nach den bisherigen Ausführungen einen Fall des Selbstkontrahierens dar. Rümelin führt ein Beispiel aus der gemeinrechtlichen Praxis an, in dem die Anerkennung der Möglichkeit einer einseitigen Eigentumsübertragung an den Vertretenen solutionis causa ausgesprochen ist. Es handelt sich hier um folgenden Fall: Der Vertreter, ein Generalbevollmächtigter, hat für Geld des Vertretenen, bezw. für Geld, das aus einem Verkaufe von Losen des Vertretenen eingegangen ist, neue Lose angeschafft. Das Hof-

[1]) Rümelin S. 105.

gericht zu Gießen vom 22. März 1860 hat anerkannt, daß, wenn der Vertreter nicht sofort für den Vertretenen sich habe tradieren lassen, er durch einseitigen Akt — bestehend im vorliegenden Fall in dem Einlegen der Lose in einen Umschlag mit der Aufschrift „dem A.K. gehörig“ — Eigentum auf den Vertretenen habe übertragen können.[1]) Damit das Eigentum durch ein solches einseitiges Rechtsgeschäft übertragen wird, verlangt Rümelin außer der traditio solutiones causa „einen äußerlich erkennbaren und kontrollierbaren Vorgang“.[2]) Dies Erfordernis ist unseres Erachtens sehr berechtigt und liegt im Interesse beider Parteien, denn dadurch hat der Vertreter einen Beweis, daß er geleistet hat, und der Vertretene ist gegen beliebige Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts seitens des Vertreters gesichert.

Eine weitere wichtige Frage ist die, ob durch die Selbstzahlung des Vertreters auch Liberationswirkung eintritt. Diese Frage wird durch l. 69 D. de fideiussoribus et mandationibus 46, 1 (Tryphoninus) verneint.

„Tutor datus eius filio, cui ex fideiussoria causa obligatus erat, a semet ipso exigere debet, et quamvis tempore liberatus erit, tamen tutelae indicio eo nomine tenebitur, item heres eius quia cum eo ob tutelam, non ex fideiussione agitur. et quamvis non quasi fideiussor, sed quasi tutur solverit, etiamsi tempore liberatus est, mandati actionem eum habere adversus reum promittendi dixi. haeret enim in utraque causa adhuc illius debiti persecutio, nam eius solutione liberavit reum promittendi obligatione, in quam pro eo fideiusserat, et non titulus actionis, sed debiti causa respicienda est. licet enim

---

[1]) Rümelin S. 109.

[2]) Rümelin S. 108.

is tutor, qui fideiussor apud pupillum pro reo est obligatus, solvit se auctore pupillo, quia reo promittendi liberato et ipse tutor idemque fideiussor liberabitur, quod sua auctoritate efficere non potest, tamen et si non pro se solvendi animo, sed pro Titio fecit, ut maxime eum liberet, habebit cum eo mandati actionem."

In dieser Quellenstelle ist ganz unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß der Vormund, der dem Vater seines Mündels gegenüber für die Schuld eines Dritten Bürgschaft übernommen habe, durch eine sua auctoritate gemachte Zahlung weder sich noch den Hauptschuldner befreien könne „quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat." Dieses Verbot erstreckt sich aber nur auf gewisse Rechtsgeschäfte, nämlich auf die, welche unter einer Auktoritätserteilung vorgenommen werden, das sind also diejenigen, bei denen der Tutor durch seinen beim Abschluß des Geschäfts erteilten Konsens den Mündel befähigt, das Geschäft selbst abzuschließen, bei denen der Vormund also neben dem Mündel als Nebenpartei und nicht als Vertreter, als Hauptpartei, das Geschäft abschließt. Bei allen Geschäften, bei denen der Tutor als Hauptpartei, als Vertreter, wirkt, tritt demnach Befreiung von der Schuld ein. Dies ist der Fall, wenn ihm die Vermögensverwaltung, die gestio, d. h. das Recht, anstatt des Mündels die Vermögensgeschäfte abzuschließen, übertragen ist, und bei den infantes, bei welchen die auctoritatis interpositio ipso iure ausgeschlossen ist.[1])

Es wird also durch dieses Verbot die Zulässigkeit von Vertretungsgeschäften des Vormunds ebensowenig in Frage gestellt, wie die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. „Das

[1]) Sohm, Institutiones S. 464.

Selbstkontrahieren und die Auktoritätserteilung schließen sich vollends auch logisch aus: wenn der Pupill selbst handelt, kann der Vormund nicht beide Parteirollen vollständig in sich vereinigen.“[1])

Sollte nun, abgesehen von den nachgewiesenen Fällen, das sibi solvere wirklich vollständig ohne liberatorische Wirkung gewesen sein? Dies ist doch wohl kaum anzunehmen, denn dann wäre doch die Zulassung einer solchen Eigentumsübertragung vollkommen zwecklos gewesen, da niemals ein Vormund dieses Geschäft vorgenommen haben würde. Analog der in l. 4 § 4 D. de doli mali et metus exceptione 44. 4 (Ulpian), in welcher es heißt: „Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id quod debuit exque ea solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicitur exceptionem petentibus nocere nam et si mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandum esse exceptionem. idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur. nam si facti sint locupletiores, exceptio locum habebit“ ausgesprochenen Berechtigung des Schuldners, der an den Mündel sine tutoris auctoritate gezahlt hat, eine exceptio doli vorzubringen, wenn er nochmals in Anspruch genommen wird, ist dem Vormund, der se auctore an den Mündel Zahlung leistet, die exceptio zugebilligt. Diese steht dem Vormund zu, wenn durch das sibi solvere eine Bereicherung des Mündels eingetreten ist, und sie erlischt, wenn die Bereicherung später durch Schuld des Vormunds wegfällt. Somit tritt also indirekte Liberationswirkung ein.

„Ohne weiteres kann man unseres Erachtens annehmen, daß die Folgen, welche sich an ein sibi solvere des Tutor

---

[1]) Boehm S. 40.

knüpfen, auch bei den einseitigen Solutionstraditionen der übrigen Vertreter eintreten, daß also auch hier lediglich eine indirekte Liberation stattfindet, jedoch muß für die negotiorum gestores eine Ausnahme gemacht werden.“[1]) Bei der negotiorum gestio hängt die Gültigkeit des Geschäfts von einer vom dominus negotii zu erteilenden Genehmigung ab. Versagt der dominus diese, so wird das Entstehen einer Verbindlichkeit gehindert, ratihibiert er, so wäre es unrecht, wenn man nunmehr den negotiorum gestor nur indirekt befreien würde, daher muß man bei ihm eine Ausnahme machen und eine direkte Liberation eintreten lassen.

§ 7.

Das „sibi scribere“ des römischen Rechts.

Von den Kontrakten konnte, wie wir gesehen haben, im römischen Recht nur der Darlehens- und ganz beschränkt der Pfandvertrag zur Sicherung eines Darlehens durch direkte Stellvertretung abgeschlossen werden. Ebenso wie die direkte Stellvertretung ist auch das Selbstkontrahieren beim Darlehen in den Quellen zur Anerkennung gelangt, es wird also für zulässig erklärt, daß der Vertreter durch einen einseitigen Akt sich selbst zum Darlehensschuldner des von ihm Vertretenen macht. Dies ist ausgesprochen in der l. 9 § 7 D. de administratione et periculo tutorum 26, 7, welche lautet:

„non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo.“

[1]) Viefhaus, Inaug.-Diss., Erlangen 1895, S. 35.

Nach der Auslegung Ecks, dem sich Viefhaus[1]) und Cohen[2]) in ihren Dissertationen anschließen, sagt Ulpian an dieser Stelle, daß der Vormund als Vertreter und Schuldner seines Mündels nicht nur an sich selbst seine Schuld bezahlen, sondern auch hierüber „scribere", d. h. eine Quittung ausstellen, ja sogar eine neue Darlehensschuld mittels Verschreibung zur Deckung des Mündels begründen kann. Gegen diese Auslegung tritt unseres Erachtens mit Recht Hupka auf. Dieser hebt hervor, daß man diese Stelle im Zusammenhang mit § 5 eodem betrachten und das „sibi solvere" ebenso wie in jener Stelle auslegen müsse. Demnach handelt es sich hier um eine Schuld des Mündels an den Vormund. Wenn man nun die oben gefundene Bedeutung von „sibi solvere" in der Auslegung von Eck anwendet und die Eckschе Deutung des „sibi scribere" beibehält, kommt man zu einer Lösung, die Hupka[3]) mit Recht als ein „Monstrum" bezeichnet, das dem Ulpian wohl nicht zugemutet werden kann. Die Stelle würde dann folgendermaßen lauten: „Der Tutor kann nicht bloß seine eigenen Forderungen gegen den Mündel im Namen des letzteren bezahlen, sondern sogar die Bezahlung seiner eigenen Schulden im Namen des befriedigten Mündels quittieren." Ferner läßt sich in der Eckschen Auslegung die Deutung des „sibi scribere" als „quittieren" verwerfen, denn in den Rechtsquellen findet sich keine Stelle, welche darauf schließen läßt, daß unter „sibi scribere" „quit-

---

[1]) Viefhaus, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gem. Recht, Inaug.-Diss., Erlangen 1895.

[2]) Cohen, Das sogen. Selbstkontrahieren des Vertreters, Inaug.-Diss., Rostock 1901.

[3]) Hupka S. 312.

tieren“ zu verstehen ist. Will man nun mit Rümelin[1]) und Hupka[2]) die Stelle folgendermaßen interpretieren: „Nicht nur kann der Tutor eine Schuld des Mündels an sich als Gläubiger bezahlen, sondern auch sich Geld als kreditiert aufschreiben und wird sich durch Darleihen des Geldes verpflichten können, indem er sich das Geld als geliehen aufschreibt“, so stößt man auf eine Tautologie, die mit der sonst so klaren und einfachen Schreibweise Ulpians unvereinbar ist. Eine Lösung findet sich, wenn man mit Hupka annimmt, daß die Worte von „seque . . . bis . . . proscribendo“ Interpolation ist, dann ist in einfachen und klaren Worten, wie man es bei Ulpian gewöhnt ist, die Tatsache aufgestellt, daß der Vormund sich durch einseitiges Handeln zum Darlehensschuldner seines Mündels machen kann. Die Zulässigkeit einer solchen einseitigen Darlehensaufnahme ist jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. So ist z. B. erforderlich, daß das Darlehen palam aperteque aufgenommen wird. Es wurde wahrscheinlich ein Eintrag in eines der vom Vertreter geführten Bücher gemacht, oder der Tutor schrieb sich eine Schuldurkunde aus. Nimmt der Vertreter Geld an sich, ohne einen solchen Eintrag zu machen oder ohne eine Schuldurkunde auszuschreiben, so geht einerseits kein Eigentum über, andrerseits gilt „das durch commixtio oder consumptio in das Vermögen des Vertreters übergangene Geld als in usus vertiert“, wahrscheinlich, ohne daß es dem Vertreter freisteht, durch nachträgliche Buchung diese Wirkung wieder zu beseitigen. Dies folgt aus der l. 54 D. de adm. et peric. tut. 26, 7, welche lautet:

---

[1]) Rümelin S. 160ff.

[2]) Hupka S. 308ff.

„Non existimo maximis usuris subiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit et cavit certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, quia hic sibi non consumpsit nec clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur et, nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset: et multum refert, palam aperte debitorem se ut extraneum et quemlibet faceret pupillo an sub administratione tutelae pupillique utilitate latente sua commoda pupilli pecunia iuvaret."

Diese Stelle behandelt das Darlehensgeschäft, welches zwischen zwei contutores abgeschlossen wird. Ein solches Darlehen soll gültig sein, wenn der Vormund cavet, d. h. einen Schuldschein ausstellt und wenn er gleich hohe Zinsen, wie sie ein extraneus zahlen muß, verspricht. Werden diese Bedingungen nicht erfüllt, so liegt ein in usus convertere vor. Diese Voraussetzungen müssen aus der ratio legis auch für das selbstkontrahierte Darlehen gelten. Der Selbstkontrahent muß also ebenfalls palam et aperte handeln und ebenfalls die üblichen Zinsen zahlen. Auffallend ist vielleicht, daß die Zinsverpflichtung durch einseitigen Akt und nicht durch die übliche Zinsstipulation begründet wird. Doch die Zinsstipulation wird durch einseitigen Akt ersetzt, wenn die Hauptverbindlichkeit durch einseitiges Rechtsgeschäft entsteht.[1])

Wir haben also gesehen, daß sich der Vormund zum Darlehensschuldner seines Mündels machen kann, es fragt sich nun, ob der Vormund sich durch einseitigen Akt auch zum Darlehensgläubiger seines Mündels machen kann. Römer bejaht die Frage. Er stützt sich auf die Worte „sibi creditam pecuniam scribere potest" der l. 9 § 7, die er

[1]) Dernburg II § 29.

deshalb auf diesen Fall bezieht, weil er sonst in den Worten „seque mutua pecunia poterit obligare" nur einen Pleonasmus hätte erblicken können. Sich auf diese Worte zu stützen, ist unseres Erachtens verfehlt, denn sie handeln keineswegs von der Hingabe eines Darlehens an den Pupill, sondern sie besagen nur, daß der Vormund das Geld als „sich kreditiert" aufschreiben, d. h. sich als Schuldner bekennen könne.[2]) Richtiger ist anzunehmen, daß das Darlehengeben seitens des Vormunds an den Mündel durch einseitigen Akt unzulässig ist. Daß dies der Fall ist, geht deutlich aus der l. 5 pr. D. de auct. et constut. 26, 8 hervor, in der ausdrücklich gesagt wird, daß der Tutor sich se auctore nicht zum Darlehensgläubiger machen kann, sondern daß nur eine Naturalobligation auf die Bereicherung entstehen soll. Es heißt in der benannten lex:

„Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. Sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori rerum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandum divus Pius rescripsit."

Wenn Ulpian gemeint hätte, das Darlehngeben unter eigener auctoritas solle nur in den Fällen ausgeschlossen werden, daß keine Eintragung erfolgt, oder daß das Geschäft den Interessen des Mündels widerspricht, dann hätte er diese Voraussetzungen sicherlich ausdrücklich angegeben.[2])

[1]) Rümelin S. 170.

[2]) Rümelin S. 168.

Wie beim „sibi solvere", so ist auch in den für das „sibi scribere" angeführten Stellen zwar nur von dem tutor die Rede, aber auch hier kann dem Tutor der Generalbevollmächtigte, negotiorum gestor und Vertreter juristischer Personen gleichgestellt werden. Eine Ausnahme ist jedoch für die Staatsbeamten zu machen. Ihnen ist durch die l. 1, l. 2 C. de his, quae ex publica collatione illata sunt, non usurpandis 10,75 unter Vorschützung einer Darlehensaufnahme sich Geld aus einer öffentlichen Kasse zu entnehmen verboten.[1])

§ 8.

Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens beim römischen Auktionskauf.

Einen weiteren Beleg für die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens finden wir bei dem Auktionskaufe. Im allgemeinen ist der gewöhnliche Kauf von Sachen des Vertretenen durch den Vertreter verboten. „Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est adsimilia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.[2]) Wird dieses Verbot übertreten, so ist die Sache zurückzugeben und vierfacher Wertersatz zu zahlen. Selbst wenn der Vertreter eine Person hinzuzog, wenn er „per interpositam personam" handelte, war der Kauf als „in fraudem legis" ungültig. Das römische Recht hat jedoch das Prinzip des Kaufverbots von Sachen des Vertretenen durch den Vertreter nicht vollständig durchgeführt. Eine Ausnahme macht der Auktionskauf. Es kann nämlich der Vertreter Sachen des Vertretenen kaufen, die öffentlich versteigert werden.

---

[1]) Rümelin S. 165.

[2]) l. 34 § 7 D. de contr. empt. 18, 1.

„Einen solchen Auktionskauf kann nun der Stellvertreter auch durch Selbstkontrahieren zustande bringen. Nimmt er die Auktion selbst vor, so kann er sich selbst den Zuschlag erteilen, er kauft also in diesem Falle Sachen seines Prinzipals in seiner Eigenschaft als Privatperson von sich als Vertreter seines Machtgebers.“ [1])

Dies ist anerkannt in der l. 2 § 8 und § 9 D. pro emptore 41,4 (Paulus):

„Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse emit. Servius ait posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenebitur, ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur“ (§ 8).

„Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem“ (§ 4).

Es ist hier also gesagt, daß der Vormund bei einer Auktion von Mündelgut eine Sache, die er irrtümlich für Eigentum des Mündels hält, zur Versteigerung bringt und die Sache selbst kauft. Der Vormund soll nun diese Sache mit dem titulus pro emptore ersitzen können. Daraus folgt, daß, wenn die Sache wirklich Eigentum des Mündels gewesen wäre, der Vormund unmittelbar Eigentum daran erworben hätte. Nicht nur für den Vormund, sondern auch für einen Prokurator und einen negotiorum gestor, die die Sachen ihres dominus versteigern, ist die Ersitzung, wie aus § 9 hervorgeht, zulässig. Auch von diesen können Sachen,

---

[1]) Viefhaus S. 47.

die nicht im Eigentum des dominus stehen, ersessen werden. Dies ist aus dem Worte „quoque“ zu entnehmen. Der Vertreter ist bei der Auktion die allein handelnde Person, das geht deutlich aus den Worten „si alii addixisset“ hervor. Wir sehen also, daß der selbstkontraktliche Auktionskauf zulässig ist.

Vielfach ist darüber gestritten worden, ob die Versteigerung von Mündelsachen vom Vormund selbst vorgenommen oder ob ein besonderer Auktionator bestellt wird. Lepa und Bechmann behaupten, daß der Auktionskauf mit regelmäßig bei solchen Geschäften hinzugezogenen Hilfspersonen, die aus der Abhaltung solcher Auktionen ein Gewerbe machten, abgeschlossen worden seien. Anderer Meinung sind Römer, Rümelin und Hupka,[1]) welche den Vertreter selbst handeln lassen und zum Beweise hierfür sich auf die Worte „ac si alii minoris addixisset“ und „auctione, quam mandatu domini facit“ berufen. Diese Ansicht ist unseres Erachtens die richtige, „denn wenn der Bevollmächtigte gleichzeitig die Versteigerung vornehmen und sich den Zuschlag erteilen darf, so liegt kein Grund vor, es dem Vormund abzusprechen“.[2]) Wie kommt es nun, daß für den Auktionskauf eine Ausnahme von der Regel gemacht ist, welche das Selbstkontrahieren beim Kauf verbietet?

Rümelin führt als Grund für das Verbot des selbstkontrahierten Kaufs den Mangel eines kontrollierbaren Normalpreises an. Es ist schwierig und vielfach sogar unmöglich festzustellen, ob der bei einem selbstkontrahierten Kauf vom Vertreter gezahlte Preis angemessen ist. Beim selbst-

[1]) Hupka S. 325.

[2]) Boehm S. 50.

kontrahierten Darlehen ist eine solche Kontrolle leichter. Man kann hier ermitteln, ob die ortsüblichen Zinsen versprochen oder gezahlt sind. Ebenso ist es beim Auktionskauf. Da dieser öffentlich stattfindet, und der Vertreter sich selbst den Zuschlag erst erteilen kann, wenn er selbst das höchste Gebot gemacht hat, ist eine Benachteiligung des Vertretenen durch den Vertreter ausgeschlossen.

Ist nun der selbstkontrahierte Auktionskauf des Stellvertreters ein Konsensual- oder ein Real- oder Naturalkauf? Der Konsensualkontrakt kommt unseres Erachtens hierfür nicht in Frage, denn auf dem Gebiete der Konsensualkontrakte ist im römischen Recht die direkte Stellvertretung nicht anerkannt gewesen. Anders ist es beim Naturalkauf, als welcher der Auktionskauf anzusehen ist. Bei ihm ist nach römischem Recht direkte Stellvertretung zulässig, denn es findet bei ihm unmittelbarer Eigentumserwerb statt, auf der einen Seite das „praestare“ des „habere licere“ der verkauften Sache, auf der anderen Seite Zahlung des Kaufpreises. Rümelin beschränkt zwar das Selbstkontrahieren des Stellvertreters in der Auktion auf den Naturalkauf, hält aber auch einen selbstkontrahierten Auktionskreditkauf für zulässig. „Wie für den Vertreter die Möglichkeit anerkannt worden sei, durch einseitigen Akt unter Eintragung in irgend welche Bücher ein Darlehen aus dem Vermögen des Vertretenen zu nehmen, und wie man die Umwandlung einer sonstigen Schuld in eine Darlehensschuld durch Fiktion einer duplex numeratio zugelassen habe, könne dieser Gedanke auch für die Kreditierung des Kaufpreises verwertet werden. Man habe fingiert, der versteigernde, an sich selbst verkaufende Stellvertreter zahle den Kaufpreis sofort, gebe aber die gezahlten nummi unmittelbar darauf sich selbst wieder als

Darlehen zurück. Es sei dann erforderlich, daß, wie beim Darlehen, der Kaufpreis als kreditiert ins Auktionsinstrument eingetragen werde.[1]) Rümelin beruft sich auf l. 47 § 6 D. 26, 7:

„altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit."

Gegen diese Ausführung macht Eck[2]) mit Recht geltend, daß es sich in dieser Quellenstelle um einen Kauf und Wiederkauf von einem und demselben dritten Auktionator handelt. Wenn die Kreditierung des Kaufpreises des Vormunds an sich selbst vom römischen Recht anerkannt worden wäre, so wäre diese für das römische Recht anormale Bestimmung in einer Quellenstelle behandelt. Eine solche sei aber nicht vorhanden.

Es erübrigt noch, einer Quellenstelle Erwähnung zu tun, aus der hervorgeht, daß nicht alle Vertreter bei der Auktion durch Selbstkontrahieren Sachen des Vertretenen erwerben dürfen. Es ist dies die l. 46 D. 18, 1, welche lautet: „non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est." Es ist also hier gesagt, daß, abgesehen von einer besonderen Konzession, den Staats- und Gemeindebeamten in einer von ihnen vorgenommenen Versteigerung ver-

[1]) Rümelin S. 191.

[2]) Eck in Goldschmidts Werken S. 270.

boten ist, Sachen des Staates oder der Gemeinde selbst zu kaufen.

§ 9.

Die Bestimmungen der Novelle 72.

Wichtig für die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ist noch die Novelle 72, welche das Kontrahieren des Vormunds als Vertreter des Mündels unter gewissen Voraussetzungen geradezu verbietet. Die Novelle lautet:

Cap. I: „Haec omnia lege corrigere volumus, et insuper illud, si quis minorem vel res eius sibi obligatus habeat, ut hic nullo modo ad tutelam eius accedat etsi a legibus vocatur. Quid enim ille in suam utilitatem non faceret, qui dominus sui ipsius et rerum adversarii factus est? Quare etiam illud sancimus, si appertissime constet, tutorem minori obligatum esse, ut neque is tutor sit, ne forte aut instrumentum subripiat, aut alias probationes, quas minor habet, subducat, eique tutela in rerum suarum perniciem cedat. Hoc igitur certa lege comprehendatur, ut nemo, qui res defuncti et minorem ipsum eiusve res obligatus se habere dicit, aut aperte illi obligatus est, at tutelam eius accedat et licentiam tale quid faciendi habeat."

Cap. II:

„Et in universum si ei, qui iam curam gerit, minor obligetur delata forte ad eum hereditate eiusdam, qui minorem obligatum habuit, vel alia eiusmodi causa, non amplius illi soli impuberum vel minorum cura credatur."

Cap. IV.

„Si vero initio hoc tacuerit et tutor factus sit, omni actione adversus minorem, etsi vera sit, se casurum esse sciat, quod de industria contra hanc nostram legem id dissi-

mulaverit. Si vero quis cum manifeste obligatus esset, tacuerit, ille quoque hanc poenam se subiturum esse sciat, quod numerationibus vel aliis solutionibus tempore forte tutelae dolose adornatis debito se eximere non possit."

Cap. V:

„Si vero quis, ut dictum est, curator factus res minoris perscrutatus fuerit, atque effecerit, ut cessiones sibi ipsi vel per donationem, vel per venditionem vel alio quocumque modo fierent, sciat, omnino irritum esse quod ab eo geritur; nec per se nec per interpositam personam tale quid faciat, sed illa plane invalida sint, perinde ac si plane non essent facta."

Es ist also einer Person, welche als Gläubiger oder Schuldner in einem Schuldverhältnis zu dem künftigen Pflegebefohlenen steht, untersagt, die Vormundschaft über diesen Mündel anzutreten. Verstößt sie gegen dies Verbot, so soll sie als Gläubiger ihre Forderung verlieren, als Schuldner sich während der Dauer der Vormundschaft durch Zahlung nicht befreien können, und wenn sie durch Zession Gläubiger des Mündels geworden ist, soll die Zession „irritum", nichtig sein. „Aus diesen Stellen kann man mit Sicherheit schließen, daß während der Dauer der Vormundschaft noch viel weniger Obligationsverhältnisse zwischen Vormund und Bevormundeten durch selbstkontrahiertes Rechtsgeschäft zur Entstehung gebracht werden können." [1]) Die Bestimmungen der Novelle 72 haben nur Geltung für die Vormundschaft und dürfen nicht auf andere Vertretungsverhältnisse ausgedehnt werden, denn dazu bedarf es einer positivrechtlichen Vorschrift, diese fehlt jedoch. Praktische

[1]) Rümelin S. 215.

Bedeutung hat diese Novelle nicht, da sie in ihrer ganzen Tragweite durch gemeines Gewohnheitsrecht beseitigt ist. „Sie entspricht," wie Dernburg[1]) sagt, „obwohl glossiert, den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen so wenig, daß sie von der Praxis nicht beobachtet wird."

Wir kommen also zu dem Resultat, daß nach dem Rechte der justinianischen Gesetzgebung ein Selbstkontrahieren des Stellvertreters nur zulässig ist:

1. beim sibi solvere des Vertreters an den Vertretenen,
2. beim sibi solvere des Vertreters für den Vertretenen an sich selbst,
3. bei der Entnahme eines Darlehens aus dem Vermögen des Vertretenen seitens des Vertreters, und endlich
4. beim Naturalkauf von Sachen des Vertretenen in der vom Vertreter abgehaltenen Auktion durch den Vertreter.

Also nur ausnahmsweise, nur kasuistisch, ist das Selbstkontrahieren erlaubt, von einer prinzipiellen Zulassung ist das justinianische Recht soweit als möglich entfernt.[2])

§ 10.

Das Selbstkontrahieren nach gemeinem Recht.

Wir müssen nunmehr untersuchen, ob die erörterten Bestimmungen auch in das gemeine Recht, das ja in den Quellen des römischen Rechts seine hauptsächlichste Grundlage findet, übergegangen ist. Wenn man die c. 7 X. de institutionibus 3, 7 (Innocentius III) in Betracht zieht, so könnte man zur Annahme gelangen, das Selbstkontrahieren sei nach kanonischem Rechte verboten. Es heißt in der angeführten Stelle: „Illud

[1]) Rümelin S. 207.

[2]) Dernburg, Pand. III § 49 Anm. 8.

autem nolumus vos ignorare, quod postquam „idem“ M. fuit abbas effectus praedictam custodiam de jure non potuit obtinere, quam quum ratione abbatiae ad ipsum pertineat donatio tam custodiae quam aliarum dignitatum ac etiam praebendarum in ecclesia Patranensi custodiam ipsam recipere non potuit a se ipso, quam inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis: sed nec ab alio quum jus conferendi alius non haberet.“

Es scheint, wie gesagt, ganz allgemein in dieser Stelle die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens verneint zu sein, allein „schon aus den Bemerkungen des Bartolus, der diese Stelle mit den Stellen des römischen Rechts, die ein Selbstkontrahieren zulassen, zu vereinigen sucht, geht hervor, daß in dieser Hinsicht das kanonische Recht das römische keineswegs überwunden hat“.[1])

Auch die spätere gemeinrechtliche Praxis hat dieser Stelle keine maßgebende Bedeutung beigelegt. Es ist für das gemeine Recht eine sehr bestrittene Frage, ob allein die römischen Rechtsquellen als positive Gesetzesbestimmungen in Betracht kommen, oder ob das sogen. Selbstkontrahieren des Vertreters vom Standpunkte der im gemeinen Recht allgemein anerkannten direkten Stellvertretung zu betrachten sei, daß also das römische Recht nur die Grundlage bildet, auf welcher das gemeine Recht weiter aufgebaut ist. Da das gemeine Recht zur prinzipiellen Anerkennung direkter Stellvertretung gelangt ist, überhaupt die Verkehrsverhältnisse und Anschauungen im gemeinen Recht sich geändert haben, will Rümelin die Stellung des gemeinen Rechts zur Frage des Selbstkontrahierens durch die möglichen Analogieschlüsse aus den

[1]) Rümelin S. 217.

in der justinianischen Kodifikation zugelassenen Fällen bestimmen. So will er von der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens seitens der in den oben erwähnten Stellen genannten Vertreter auf die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens seitens anderer Vertreter, ferner von den genannten Geschäftsarten auf andere Geschäfte und endlich von der Zulassung eines Vertragsschlusses des Vertreters zwischen sich selbst und dem Vertretenen auf die Zulässigkeit eines Vertragsschlusses zwischen zwei Vertretenen schließen. Vorausgesetzt ist jedoch immer, daß der Selbstkontrahierungsakt kontrollierbar ist und das Geschäft dem Interesse des Vertretenen nicht widerspricht. Diese Ausdehnung des Begriffes der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ist mehr oder weniger willkürlich, wie Rümelin selbst zugibt, und wird namentlich von Eck,[1]) der es als „ein bedenkliches Verfahren ansieht, ein geltendes Prinzip durch analoge Erstreckung der Ausnahmen in sein Gegenteil zu verkehren," verworfen.

Vielfach wird Rümelin zugestanden, daß die wenigen in den Quellen entschiedenen Fälle für das gemeine Recht nicht ausreichen, „da die alte Form des Rechts nicht mehr für den modernen Verkehr paßt".[2]) Vor allem sei an die prinzipielle Zulassung der direkten Stellvertretung zu denken, welche in engem Zusammenhang mit der Frage des Selbstkontrahierens steht. Ferner sei ein wichtiger Umstand, daß die sogen. notwendige Vertretung durch Sklaven und Gewaltunterworfene, die erste ganz, die letzte zum großen Teil weggefallen sei.[3]) Auch die Befürchtung, daß der Vertreter will-

---

[1]) Eck in Goldschmidts Zeitschr. S. 272.

[2]) Cohen S. 40.

[3]) Siebert S. 64.

kürlich sich einen Vorteil verschaffen und ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft rückgängig machen kann, falle im gemeinen Recht in den meisten Fällen fort, da es ja mehr und mehr Gebrauch geworden sei, Verträge schriftlich oder durch notarielle Beurkundung oder gerichtliche Eintragung abzuschließen. Nach Ansicht derer, die diese Meinung vertreten, bilden nicht die einzelnen zufällig entschiedenen Fälle der römischen Quellen, sondern die aus diesen Entscheidungen gewonnenen allgemeinen Regeln bei unserer Frage den Maßstab für das geltende Recht und müssen die Richtschnur bilden für die praktischen Entscheidungen.[1])

Auf diesem Standpunkte steht auch das Reichsgericht.[2]) In der zu Beginn dieser Bearbeitung angeführten Entscheidung vom 23. November 1881 wird die Möglichkeit, daß der Stellvertreter einer Person mit sich selbst im eigenen Namen oder für einen anderen Vertretenen Verträge schließen kann, ganz allgemein zugegeben. „Es können jedoch", heißt es in den Entscheidungsgründen, „dem Zustandekommen eines derartigen Vertrages im einzelnen Falle Hindernisse entgegenstehen, welche sich aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus dem Willen der Vertretenen oder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schließung von Verträgen ergeben." Das Selbstkontrahieren soll nach der Entscheidung des Reichsgerichts ausgeschlossen sein, wenn ein positives gesetzliches Verbot vorliegt, wenn die Vollmacht nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Machtgebers sich nicht soweit erstreckt, ferner, wenn es an der Erklärung des Vertragswillens mangelt, durch welche der Vertrag erst zu-

---

[1]) Cohen S. 40.

[2]) Entsch. in Civilsachen Bd. 6 S. 11.

stande kommt, und endlich, wenn der Vertrag wegen Arglist auf seiten des Selbstkontrahenten angefochten und deshalb nichtig wird. An dieser Entscheidung hat das Reichsgericht in späteren Entscheidungen festgehalten, auch mehrere Oberlandesgerichte haben sich seinem Standpunkte angeschlossen, trotzdem kann aber von einem Gewohnheitsrecht nicht die Rede sein, da die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts, die „longa inveterata consuetudo“ und die „opinio iuris“, die Volksüberzeugung nicht als vorhanden angenommen werden können, denn einmal ist seit der Entscheidung eine zu kurze Frist verstrichen — sie ist schon einige Jahre später als eine Reichsoberhandelsgerichts-Entscheidung erschienen, die den entgegengesetzten Standpunkt vertritt —, andrerseits haben sich gegen die Urteile des Reichsgerichts in der Wissenschaft soviele Stimmen erhoben, daß von einer allgemein anerkannten Rechtsregel nicht gesprochen werden kann.[1]) Es bleibt somit das römische Recht die Grundlage für die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens im gemeinen Recht.

§ 11.

Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Das allgemeine preußische Landrecht schweigt über die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens seitens des Stellvertreters. Eine positive Gesetzesvorschrift enthält es nicht, doch ist die Zulässigkeit auch für das preußische Recht durch das Reichsgericht anerkannt worden. Erst bei den Beratungen über einen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches hat man sich wieder eingehend mit dieser Frage

[1]) Samson S. 61.

beschäftigt. Der erste Entwurf erklärte sich für die prinzipielle Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Entwurfe ausgesprochen, ergibt sich aber daraus, daß das Selbstkontrahieren für gewisse einzelne Fälle zulässig und für einzelne Ausnahmefälle ausdrücklich verboten ist. Als Grund hierfür geben die Motive an, „es erscheine die Zulässigkeit der Ausübung der Vertretungsmacht in Fällen der fraglichen Art nicht immer ohne Bedenken. Bei dem Widerstreite der Interessen liege die Gefahr des Mißbrauches nicht fern, und der dem Verletzten etwa zustehende Schadensersatzanspruch biete nur einen beschränkten Schutz, der leicht auch ganz versagen könne. Andererseits aber sei der Ausschluß der Zulässigkeit durch ein positives Verbot nicht minder mit Übelständen verknüpft, das Verbot würde vielfach unhaltbare Verkehrserschwerungen schaffen und dem Interesse des Vertretenen, anstatt es zu fördern, nachteilig sein. Es verdiene daher den Vorzug, von der Zulässigkeit eines derartigen Handelns in Vertretung, soweit es nicht gegen allgemeine Rechtsnormen verstoße, an sich auszugehen und die Regel da, wo besondere Gründe deren Beugung erheischen, durch Sondervorschriften zu durchbrechen.[1]) Ausdrücklich zugelassen ist das Selbstkontrahieren im Entwurf I in § 805, 2: „Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den anderen in Ansehung seines Besitzerwerbes zu vertreten, so genügt zum Besitzerwerbe des anderen jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgibt, die tatsächliche Gewalt für den anderen auszuüben.“[2])

[1]) Mot. Bd. 1 S. 225.

[2]) Ob dieser Paragraph tatsächlich unter das Selbstkontrahieren fällt, ist bestritten, cf. aber Mot. III S. 99.

Ferner in § 1168, welcher lautet: „Ist Geld Gegenstand des Pfandrechts und hat der Pfandgläubiger das Geld in seiner Inhabung, so erlangt er mit dem Eintritte der in § 1165 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen die Befugnis, sich wegen der fälligen Forderung aus dem Gelde zu befriedigen. Ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Geld in Zahlung anzunehmen, so erlangt der Eigentümer mit dem Eintritt jener Voraussetzungen die Befugnis, von dem Pfandgläubiger zu verlangen, daß er sich daraus befriedige. Die Befriedigung ist mit dem Zeitpunkte als bewirkt anzusehen, in welchem der Pfandgläubiger gegenüber dem Eigentümer erklärt, sich aus dem Gelde befriedigen zu wollen, oder der Eigentümer gegenüber dem zur Annahme des Geldes in Zahlung verpflichteten Pfandgläubiger erklärt, daß er dessen Befriedigung aus dem Gelde verlange."

Endlich gehört hierher der § 1326 Abs. 2, welcher bestimmt: „Ist die Ehefrau selbst zum Vormunde (nämlich des Ehemannes) bestellt, so ist sie in Ansehung der zur Vornahme ihrer Rechtsgeschäfte und zur Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten erforderlichen Einwilligung des Ehemannes von dessen Vertretung nicht ausgeschlossen." Letzteres gilt nach § 1370 auch bei der Gütergemeinschaft und nach § 1417 auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft.

Ausgeschlossen ist die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens für die gesetzlichen Vertreter, und zwar für die Organe einer juristischen Person, den Vormund, die Eltern und Pfleger. So bestimmt § 45: „Bei einem nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehenden Rechtsgeschäfte zwischen der Körperschaft und einem Mitgliede des Vorstandes, sowie bei einem Rechtsstreit zwischen

denselben ist das beteiligte Mitglied von der gesetzlichen Vertretung der Körperschaft ausgeschlossen."

Der § 50 Abs. 4 dehnt diese Bestimmung auf den Liquidator, der § 61 auf die Stiftung aus.

Der § 1651 schließt in gewissen Fällen den Vormund von der gesetzlichen Vertretung des Mündels aus, nämlich:

1. bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Vormund selbst oder seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits, mit Ausnahme solcher Rechtsgeschäfte, welche ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen;

2. bei Rechtsgeschäften zwischen dem Mündel und einer anderen von dem Vormunde vertretenen Person;

3. bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten, welche die Übertragung oder Belastung einer dem Mündel gegen den Vormund zustehenden durch Pfandrecht oder Bürgschaft gesicherten Forderung oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit oder die Begründung der Verpflichtung des Mündels zu einer solchen Übertragung oder Belastung, Aufhebung oder Minderung zum Gegenstande haben;

4. in Angelegenheiten, für welche das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Vertretung entzogen hat; eine solche Entziehung soll nur dann erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormundes oder zu dem Interesse einer anderen von dem Vormunde vertretenen Person oder von einer mit dem Vormunde in gerader Linie verwandten Person oder des Ehegatten des Vormundes in erheblichem Gegensatze steht.

Eine Ausnahme bildet ferner § 468, welcher lautet:

„Die mit der Vornahme oder Leitung eines Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung beauftragte Person, sowie die von dieser Person bei Erledigung des Auftrages zugezogenen Gehilfen mit Einschluß des Protokollführers dürfen den zum Verkaufe bestimmten Gegenstand weder persönlich, noch durch einen anderen kaufen. Endlich wird das Selbstkontrahieren durch § 828 ausgeschlossen, nach welchem der Grundbuchordnung die Vorschrift vorbehalten ist, daß die Vollmacht zur Bewilligung einer Eintragung nicht demjenigen erteilt werden könne, welcher durch die Eintragung ein Recht erwerben soll, vorbehaltlich der Ausdehnung der Vorschrift auf verwandte Fälle."

Aus diesen Sondervorschriften in Verbindung mit den Motiven,[1]) die der Ansicht sind, daß „die Frage, ob jemand einerseits für sich und in eigenem Namen, andererseits als Vertreter eines anderen und in dessen Namen handeln und so einen Vertrag zwischen sich und dem anderen schließen könne, nach den allgemeinen Grundsätzen bejaht werden müsse", ist zweifellos auf die prinzipielle Zulässigkeit des Selbstkontrahierens zu schließen.

Der Entwurf II steht auf einem ganz entgegengesetzten Standpunkt. Er hält die Gründe gegen die Zulässigkeit solcher Rechtsgeschäfte für überwiegend[2]) und spricht als Regel die Unzulässigkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selber aus, und zwar aus praktischen Gründen, weil nämlich das Selbstkontrahieren „stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder

---

[1]) Motive Bd. 1 S. 224.

[2]) Planck I S. 315.

anderen mit sich bringe".[1]) Zwei Ausnahmefälle läßt jedoch der zweite Entwurf zu, nämlich erstens, wenn dem Vertreter die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst durch Gesetz oder Vollmacht gestattet ist, und zweitens, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Diese Bestimmung des zweiten Entwurfs ist in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen, und zwar ist der § 149 des Entwurfs II wörtlich als § 181 übernommen. Dieser lautet: „Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

§ 12.

Das Selbstkontrahieren zur Erfüllung von Verbindlichkeiten.

Unter Erfüllungsgeschäften sind hier solche Geschäfte zu verstehen, „durch die der Vertreter seine oder eines anderen Vertretenen Schuld erfüllt oder sich wegen seiner oder eines anderen Vertretenen Forderung an den Vertretenen befriedigt, sei es durch Zahlung oder Aufrechnung, vorausgesetzt natürlich, daß seine Vertretungsmacht die Erfüllung und die gewählte Art der Erfüllung einschließt".[2]) Der Vertreter kann sich also wegen seiner persönlichen Forderungen gegen den Vertretenen aus der in seinen Händen befindlichen Kasse des Vertretenen befriedigen und durch Einzahlung in die von ihm

---

[1]) Gareis, Allg. Teil S. 215.

[2]) Rehbein S. 254.

verwaltete Kasse sich seiner Schuld entledigen. Die Verbindlichkeit muß klagbar und fällig sein. Ist dies nicht der Fall, so kann der Vertreter sie trotzdem erfüllen, denn in der Erfüllung liegt ein Verzicht auf die dem Anspruch entgegenstehende verzögerliche oder peremptorische Einrede.[1]) Handelt es sich aber um eine Verbindlichkeit des Vertretenen, so ist der Vertreter nicht berechtigt, diese zu erfüllen, da er dadurch die Interessen des von ihm Vertretenen verletzen würde. Hierher gehören die sogenannten Natural- oder unvollkommenen Schuldverhältnisse, dies sind klaglose Schuldverhältnisse, die zwar erfüllt werden können, bei denen aber das einmal Geleistete nicht wieder zurückverlangt werden kann. Dies ist der Fall bei Ansprüchen aus Spiel oder Wetten, nicht genehmigten Lotterie- oder Ausspielverträgen und bei Differenzgeschäften. Ferner besteht kein klagbarer Anspruch auf Leistung eines Ehemäklerlohnes. Erfüllt der Vertreter einseitig derartige Ansprüche, so erfüllt er keine Verbindlichkeit. Zahlt der Vertreter eine Spielschuld des Vertretenen an sich, so kann der Vertretene zwar nach B.G.B. § 762 die gezahlte Summe als Spielschuld nicht zurückfordern, aber das ganze Geschäft ist als Selbstkontrahierungsakt unwirksam, weil es nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand. Anders ist es bei verjährten Forderungen, denn durch die Verjährung wird der Anspruch nicht aufgehoben, sondern es wird dem Beklagten nur eine civilrechtliche Einrede gegeben, er ist berechtigt, die Leistung zu verweigern. Die Verbindlichkeit bleibt bestehen, sie wird daher erfüllt, wenn die verjährte Forderung bezahlt ist. Daraus folgt, daß der Vertreter seine oder des Vertretenen

[1]) Dernburg I § 170 II, 1.

verjährte Forderung einseitig erfüllen kann. Eine Klage auf Erfüllung ist ferner nicht gegeben bei den bloß sittlichen Verpflichtungen, trotzdem sind diese aber keineswegs einer Nicht-Verpflichtung gleichzustellen, da das Gesetz an sie einige rechtliche Wirkungen knüpft.[1]) „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nämlich nach § 814 B.G.B. nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.“ Ebenso unterliegen Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, weder der Rückforderung noch dem Widerruf. Daher darf dem Vertreter nicht gestattet sein, eine solche bloß sittliche Pflicht zu erfüllen.

Wie wir bereits im Anschluß an die Meinung Rehbeins sagten, ist auch die Aufrechnung als Erfüllung zulässig. Dies wird allerdings bestritten. Das Gesetz definiert den Begriff „Erfüllung“ nicht, es behandelt im 3. Abschnitt des II. Buches das Erlöschen der Schuldverhältnisse und führt als Erlöschungsgründe die Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung und den Erlaß an. Eine Erfüllung sieht das Gesetz als eingetreten an, wenn:

1. die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird (§ 362 B.G.B.);
2. wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt (§ 364 B.G.B.).

Das letztere, die Leistung an Erfüllungsstatt, ist nach dem Wortlaute des Gesetzes unzulässig, denn dadurch kann der Vertreter weder sein Gläubigerrecht, noch das eines

[1]) Cosack, B.G.B. § 80, 4.

Vertretenen einseitig aufheben, da hier noch eine besondere Annahme, also eine Willenserklärung des Gläubigers, erforderlich ist, daß die Verbindlichkeit durch Leistung dieses nicht geschuldeten Objekts erfüllt sein soll." [1]) Dagegen ist mit Recht aus praktischen Gründen die Aufrechnung von vielen für zulässig erklärt worden, so von Hupka, Rehbein und Dernburg. Es liegt ein gültiges Rechtsgeschäft vor, wenn der Vertreter, der dem Vertretenen eine Summe schuldet und umgekehrt vom Vertretenen eine Summe zu fordern hat, diese Summe in die Kasse des von ihm Vertretenen legt und dieselbe Summe für sich wieder entnimmt. Warum sollte da nicht zur Vereinfachung die Aufrechnung rechtsgültig sein? Häufig ist zur Erfüllung einer Verbindlichkeit auch die Übertragung von Besitz und Eigentum erforderlich, man wird daher auch für diese ein Selbstkontrahieren für zulässig erklären. Die gleichzeitige Erklärung und Annahme einer Auflassung durch dieselbe Person sollte im Entwurf der Grundbuchordnung durch § 360 verboten werden, man hat jedoch diese Bestimmung fallen lassen, so kann also jetzt der Vertreter durch Selbstkontrahieren zum Zwecke der Erfüllung Eigentum von unbeweglichen Sachen übertragen. Die Auflassung und die Wirkungen der nach § 925 B.G.B. erforderlichen Einigung kommen also durch einseitigen Akt zustande. [2]) Die Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen kann statt durch reale Übergabe durch die sogen. brevi manu traditio, d. h. wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist, so genügt zur Übertragung die Einigung über den Übergang des Eigentums (§ 929 Abs. 2), oder auch durch

[1]) Samson S. 74.

[2]) Eck-Leonhard S. 183.

constitutum possessorium erfolgen. Die Übergabe kann also dadurch ersetzt werden, daß zwischen dem Eigentümer, der im Besitze der Sache ist, und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930 B.G.B.). In allen Fällen der Erfüllung ist erforderlich, daß der Akt des Selbstkontrahierens wie im römischen Recht palam et aperte, d. h. nach außen hin erkennbar ist. Erforderlich ist also „Verlautbarkeit vor zugezogenen Zeugen oder vor einer Urkundsperson, welche über den Akt eine Urkunde errichtet, ferner Änderung im Bestande des einen oder anderen Vermögens, insbesondere durch Zahlung, Eintragung in Handlungs- oder ähnliche Bücher".[1]) Bei Formalverträgen muß die vom Gesetz vorgeschriebene Form beobachtet werden; wenn z. B. kraft besonderer Erlaubnis des Hauswirtes der Hausverwalter eine Wohnung auf fünf Jahre an sich selbst vermietet, so muß er dies schriftlich tun.[2])

§ 13.

Das Selbstkontrahieren auf Grund einer besonderen Vollmacht.

Eine weitere Ausnahme vom Verbot des Selbstkontrahierens macht das Bürgerliche Gesetzbuch für den Fall, daß dies dem Vertreter besonders gestattet ist. Es kann gestattet sein durch den Willen des Vertretenen oder durch Gesetz. Dem durch Rechtsgeschäft bestellten Vertreter muß eine besondere Vollmacht erteilt werden. Dies kann auch stillschweigend erfolgen, wenn sie „nach dem Zweck der Bevoll-

[1]) Motive Bd. 1 S. 224.

[2]) Cosack, B.G.B. Bd. 1 S. 230.

mächtigung gemäß der Verkehrsgewohnheit als selbstverständlich anzunehmen ist".[1]) So kann der Bevollmächtigte, welcher die Kasse des Vertretenen verwaltet, Hundertmarkscheine, welche in derselben liegen, zu Zwecken der Verwaltung mit eigenem Kleingeld wechseln.[2])

Der negotiorum gestor ist als besonders bevollmächtigt anzusehen, wenn nachträglich das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigt wird, oder wenn „die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht" (§ 683 B.G.B.). Diese Bestimmung trifft auch zu, wenn der Geschäftsführer als Selbstkontrahent das Rechtsgeschäft vornimmt. Denjenigen, denen das Gesetz die Rechte und Pflichten eines gesetzlichen Vertreters einräumt, wie z. B. den Organen einer juristischen Person, wird das Selbstkontrahieren durch die Satzung oder die Mitgliederversammlung gestattet. Den gesetzlichen Vertretern endlich kann das Selbstkontrahieren nur durch Gesetz erteilt werden. Eine Erweiterung der in § 181 B.G.B. eingeräumten Befugnis zum Selbstkontrahieren enthält nur der § 1409 B.G.B. Dieser lautet: „Steht der Mann unter Vormundschaft, so hat ihn der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die Frau Vormund des Mannes ist." Die Frau bedarf zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes (B.G.B. § 1395). Wenn nun die Frau zum Vormund ihres Mannes bestellt ist, wird ihr durch § 1409 die Möglichkeit gegeben, „die zur Vornahme ihrer Rechtsgeschäfte

[1]) Planck I S. 316.

[2]) Dernburg I S. 497.

und zur Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten erforderliche Zustimmung des Mannes sich selbst zu erteilen".[1]) Sie nimmt also im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen ein einseitiges Rechtsgeschäft vor. So kann sie sich selbst die Einwilligung zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes erteilen, welche erforderlich ist, wenn das eingebrachte Gut für die Verbindlichkeiten der Frau aus diesem Geschäft haften soll (B.G.B. § 1412). Ist im umgekehrten Falle der Mann Vormund der Frau, so kann er deren Rechte aus der Verwaltungsgemeinschaft sich selbst gegenüber nicht ausüben, es muß vielmehr für derartige Fälle der Frau ein Pfleger bestellt werden.[2])

Dieser § 1409 bildet, wie gesagt, die einzige Erweiterung des § 181, eine Einschränkung enthält der § 1795, welcher nach § 1630 Abs. 2 und § 1915 auch auf den Inhaber der elterlichen Gewalt und den Pfleger Anwendung findet. Das Gesetz bestimmt, daß die Vorschriften des § 181 unberührt bleiben sollen, der Vormund kann also nicht namens des Mündels mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen, ja der Vormund kann nach § 1795 Abs. 1 seinen Mündel nicht einmal vertreten bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Nach der Vorschrift des § 181 könnte der Vormund den Mündel bei „einem Rechtsgeschäft, das die Übertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Mündels gegen den Vormund oder die Auf-

[1]) Planck IV S. 159.

[2]) Cosack II S. 485.

hebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande hat oder die Verpflichtung des Mündels zu einer solchen Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründet" (§ 1795 Abs. 2), vertreten, wenn der Mündel verpflichtet wäre, ein derartiges Rechtsgeschäft vorzunehmen. Der Vormund könnte z. B. eine für eine Forderung des Mündels gegen den Vormund bestellte Hypothek namens des Mündels aufheben, wenn der Mündel zur Aufhebung verpflichtet wäre. Der § 1795 Abs. 2 nimmt jedoch dem Vormunde die Vertretungsmacht für die bezeichneten Rechtsgeschäfte schlechthin, ohne eine Ausnahme für den Fall zu machen, daß der Vormund durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts lediglich eine Verbindlichkeit des Mündels erfüllt.[1]) Der Zweck dieser Bestimmung ist die Wahrung der Interessen des Mündels, jede Interessenkollision soll vermieden werden. Daher kann, „wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds oder einer der in § 1795 Abs. 1 bezeichneten Personen in erheblichem Gegensatz steht", das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen (§ 1796 B.G.B.). Diese Vorschriften gelten auch für den Gewaltinhaber. „Auch der Vater kann für sein Kind nicht an sich selbst verkaufen oder seinem Kinde in seinem Namen oder im Namen eines anderen Kindes oder sonst von ihm Vertretenen verkaufen oder für sich namens eines Kindes die Eintragung einer Hypothek auf dessen Grundstück bewilligen oder sich ein Darlehen aus dem Vermögen des Kindes oder dem Kinde aus seinem Vermögen geben."[2])

---

[1]) Planck II S. 537.

[2]) Rehbein S. 255.

Für alle diese Fälle ist vielmehr die Bestellung eines Pflegers erforderlich (B.G.B. § 1909).

Wir wollen an dieser Stelle mit wenigen Worten noch der Frage Erwähnung tun, ob der Selbsteintritt des Kommissionärs als ein Fall des Selbstkontrahierens anzusehen ist. Auch diese Frage ist lebhaft bestritten, es sind die verschiedenartigsten Theorien über die juristische Konstruktion des Selbsteintritts aufgestellt worden, die hier zu erörtern uns natürlich zu weit führen würde. Nach § 400 H.G.B. „kann die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert, oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt". Für den Fall des Selbsteintritts kontrahiert also der Kommissionär im eigenen Namen mit sich selbst genau so, wie er im ersteren Falle mit einer dritten Person das Geschäft abschließt. Diese Ansicht wird hauptsächlich von Grünhut vertreten und wird unseres Erachtens dem Wortlaute des Gesetzes am meisten gerecht, wird aber von denjenigen verworfen werden müssen, die das Selbstkontrahieren des Vertreters als einen Vertragsabschluß auffassen, denn in diesem Falle muß, da der Kommissionär nur indirekter Vertreter ist, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Kommissionärs als logisch unmöglich verworfen werden. Stellen wir uns dagegen auf den Standpunkt Rümelins, daß das Selbstkontrahieren ein besonderes einseitiges Rechtsgeschäft ist, an das das positive Recht Vertragswirkungen knüpft, so hindert nichts, den Selbsteintritt des Kommissionärs als einen Fall des Selbstkontrahierens aufzufassen.

§ 14.

Die Wirkungen des Zuwiderhandelns gegen die Vorschriften des § 181 B.G.B.

Wir müssen nunmehr noch untersuchen, welche Wirkungen eintreten, wenn ein Vertreter ohne Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft mit sich selbst abschließt, das nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Auch über diese Frage herrscht Streit. Die einen behaupten, das vom Vertreter im Widerspruch mit den Bestimmungen des § 181 vorgenommene Rechtsgeschäft sei nichtig, die anderen erblicken in dem verbotswidrigen Geschäft lediglich eine Überschreitung der Vertretungsmacht, welche im Falle gewillkürter Vertretung durch nachträgliche Genehmigung des Prinzipals saniert werden könne. Die letztere Meinung wird vertreten von Hupka,[1]) Enneccerus, Dernburg und Hölder.[2]) Letzterer sagt: „Hat der Vertreter in solcher doppelten Eigenschaft einen Rechtsakt vollzogen, bezüglich dessen ihm die Macht dazu nicht zustand, so ist er vollzogen als ein der Genehmigung des Vertretenen oder der mehreren Vertretenen bedürftiger, aber auch fähiger, denn der Vollziehung des Rechtsaktes als eines solchen, dessen Existenz von der Genehmigung des Vertretenen abhängt, steht nicht das Bedenken entgegen, um dessen willen seine Vollziehung als eines ohne Genehmigung rechtsgültigen ausgeschlossen ist.“ Wir schließen uns der Meinung Plancks, Gareis', Endemanns, Matthiaß' und anderer an, welche

[1]) Hupka S. 342.
[2]) Hölder S. 341.

das Rechtsgeschäft als nichtig ansehen. Dies geht auch aus der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches hervor, das bei Gebrauch des Wortes „Kann nicht“ Unwirksamkeit eines Rechtsaktes eintreten läßt, wenn dieser trotzdem vorgenommen wird.[1]) Dieser Ansicht sind auch die Protokolle, in denen es heißt: „Überschreitet der Vertreter die ihm durch das Verbot gezogenen Grenzen seiner Vertretungsmacht, so sei von dem Gesetze nicht etwa nur die Ungültigkeit des Vertretungsverhältnisses gewollt, sondern es gehe aus der Fassung unzweideutig hervor, daß damit das Rechtsgeschäft selbst hinfällig werden soll.“ [2]) Außerdem bestimmt das Gesetz in § 134 ausdrücklich, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Endlich „spricht gegen die erstere Auffassung auch die Erwägung, daß doch die Wirkung verbotenen Selbstkontrahierens offenbar überall die gleiche sein soll ohne Rücksicht auf die Grundlage, auf welcher im Einzelfalle die Vertretungsmacht beruht. Diese Gleichartigkeit der Behandlung wäre aber bei der Verfolgung des Hupkaschen Gedankens unmöglich, da es Fälle gibt, in welchen es an einem zur Genehmigung zuständigen Subjekte fehlt. Der § 181 findet zweifellos auch auf den Vereinsvorstand Anwendung, der nach B.G.B. § 26 die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Wer soll hier die Genehmigung erteilen? Etwa die Mitgliederversammlung? Die analoge Frage ergibt sich für die Stiftungsorgane, wenn sie das Verbot des § 181 B.G.B. überschreiten; soll hier die Genehmigung etwa der staatlichen Kuratelbehörde zustehen?“ [3])

---

[1]) Planck I Einl. IV, 4 S. 27.

[2]) Prot. S. 777.

[3]) Staudinger I S. 440.

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts bewirkt, daß das Geschäft von vornherein ohne Rechtswirkung ist, als sei es gar nicht abgeschlossen. Daher erwirbt keiner aus dem Geschäft ein Recht, denn wollte jemand einen Anspruch aus dem Geschäft zu seinen Gunsten herleiten, so könnte jedermann den Anspruch als ungültig zurückweisen.[1]) Haben die Vertragsparteien schon Leistungen gemacht, so muß jede der anderen die an sie gemachte Leistung zurückgewähren. Kann der Vertretene die ihm gemachte Leistung nicht zurückgegewähren, so haftet er nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft nachträglich bestätigt wird, denn dann ist die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts zu betrachten (§ 141 B.G.B.). Hat nun aber ein Vertreter mit sich selbst in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen, das ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, fehlte ihm aber zu diesem Rechtsgeschäft die Vertretungsmacht, so ist das Rechtsgeschäft, da es nicht gegen die Vorschrift des § 181 verstößt, nicht nichtig, sondern nach Maßgabe der Vorschriften über die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu beurteilen.[2]) Es kann also nachträglich genehmigt werden. Das gleiche gilt von der Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, wenn derjenige, dem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorgenommen ist, „die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat oder damit einver-

[1]) Cosack I S. 156.

[2]) Planck I S. 316.

standen gewesen ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte“ (B.G.B. § 180). In diesem Falle sollen nämlich die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung finden.

Wie ist es nun, wenn der Vertretene geschäftsunfähig ist, kann dann der Vertreter die erforderliche Einwilligung sich selbst geben?

Diese Frage muß verneint werden, da der Vertreter dann bei dem Rechtsgeschäft in doppelter Stellung mitwirken würde, einmal als Geschäftsbeteiligter für sich und andererseits als Vertreter für den Vertretenen, um die erforderliche Einwilligung zur Vornahme des Rechtsgeschäfts zu erteilen. „Das muß man durch analoge Anwendung des § 181 als ausgeschlossen betrachten. Der Wortlaut des Paragraphen würde an sich nicht ein Mitwirken in dieser doppelten Stellung ausschließen, denn der Vertreter nimmt kein Rechtsgeschäft mit sich vor; aber der Zweck des Gesetzes ist, daß eine Person bei einem Rechtsgeschäft nicht in mehrfacher, miteinander konkurrierenden Weise tätig werden soll.“ [1]) Zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertretenen kann der Vertreter selbst die Einwilligung erteilen. In allen übrigen Fällen aber liegt ein negotium claudicans vor, d. h. der Vertreter ist an das Geschäft bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung gebunden, er kann also nicht widerrufen, weil er den Mangel der vollkommenen Geschäftsfähigkeit gekannt hat. Die Genehmigung muß in diesem Falle von einem besonders bestellten Pfleger oder später von dem vollkommen geschäftsfähig gewordenen Vertretenen erteilt werden.

---

[1]) Samson S. 86.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß das im Widerspruch zu den Bestimmungen des § 181 B.G.B. vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig sein soll, bilden die §§ 456 und 457. Es wird hier bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung den mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragten und den von ihm zugezogenen Gehilfen mit Einschluß des Protokollführers verboten, den zum Verkaufe gestellten Gegenstand für sich persönlich oder durch einen anderen oder als Vertreter eines anderen zu kaufen. Dasselbe Verbot ist bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung gegeben, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines anderen verkaufen zu lassen (B.G.B. § 457). Da in diesen Fällen ein Selbstkontrahieren des Vertreters mit sich selbst vorliegt, würde man kein Bedenken tragen, auch sie auf die Bestimmungen des § 181 anzuwenden und bei verbotswidrigem Geschäftsabschluß Nichtigkeit eintreten lassen, es wird jedoch durch besondere Gesetzesvorschrift ausdrücklich bestimmt, daß „die Wirksamkeit eines den Vorschriften der §§ 456 und 457 zuwider erfolgten Kaufes und der Übertragung des gekauften Gegenstandes von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten abhängen solle“ (§ 458 B.G.B.).

Schluß.

Wir haben also gesehen, daß grundsätzlich das Selbstkontrahieren im Bürgerlichen Gesetzbuch für unzulässig erklärt ist, und daß nur wenige Ausnahmen von dieser Regel gemacht sind. Wer daher einen solchen Ausnahmefall behauptet, etwa, daß durch das Selbstkontrahieren die Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt sei, muß diesen Ausnahmefall beweisen.

So hat also die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Regelung erfahren, die gewiß den Anforderungen des Verkehrs genügt. Nach den Bestimmungen des § 181 ist der Vertretene gegen Schädigung seitens des Vertreters hinreichend geschützt, und das war der Zweck der Gesetzgebung, jede Interessenkollision möglichst zu verhindern.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.